جامعة الجـــــــــــــــــــــزائر1

كلية الحـــقوق

ضمانات حــــسن تنفيـــذ أعمـــال البنــــاء

فــي التشريع الجزائري

رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص: قانون خاص

اعداد الطالب/ تحت اشراف

كامل فؤاد الدكتور/

بعجي محمد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة الدكتورة/ لحلو خيار غنيمة	رئيـسـا
الدكتـــــــور/ بعجي محمد	مقررا
الدكتـــــــور/ أحميداتو محمد	عضوا
الدكتــــور/ موسى نسيمة	عضوا
الأستاذ الدكتور/ محمودي مراد	عضوا
الدكتـــــــور/ العيد حداد	عضـوا

السنة الجامعية 2016-2017

مقدمـــــــة/

تشكل المباني والمنشآت الثابتة في أي دولة مهما كان نظامها الاقتصادي والسياسي ثروة عقارية قومية هامة، لذلك تسعى الدول جاهدة إلى تنمية ثروتها العقارية المبنية وتطويرها باستخدام أحدث التقنيات والأساليب التكنولوجية المستقرة في مجال البناء، حيث أضحت المنجزات من المباني والمنشآت الأخرى معيارا لتصنيف دولة ما كدولة متقدمة أو سائرة في طريق النمو.

إن تسهيل سبل الحياة على الأفراد(تحقيق الرفاهية) لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال إقامة المشاريع الإنمائيـــة الكبـــــــــــرى، كشق الطرق و إقامــــــــــة الجســــــــور، وبناء السدود، وإنشاء الموانـــــــــي والمطارات، وما إلى ذلك من المنشآت الفنية الأخرى، ومن دون أن ننسى ما لذلك من أثر على تطوير الأنشطة التجارية والصناعية والزراعية..الخ، إذ أن المنشآت الفنية على اختلاف أصنافها تشكل في الواقع عصب الحياة الاقتصادية والاجتماعية، بل والثقافية أيضا.

وبالمقابل، يعتبر توفير السكن أحد أهم معضلات هذا القرن في كثير من الدول لاسيما الفقيرة منها، ذلك أن السكن يعتبر من أبسط حقوق الإنسان على غرار حقه في الغذاء(الأكـــــــل والشرب) والصحة والتعليم، إذ لا يمكن ضمان حق الإنسان في الحياة الكريمة إذا لم تقم الدولة بتوفر سكن لائق له.

لكن، عمليه إنجاز مبنى أو منشأة عقارية ليس بالعمل الهين، بل هو عمل معقد ومركب إذ يتطلب تنفيذه عادة تدخل أكثر من مهني، فبناء عمارة مثلا يستوجب إبرام عدة عقود مختلفة كالتعاقد مع مهندس معماري لإعداد الدراسة الهندسية للمشروع، والتعاقد مع مقاول

لتحقيق هذا المشروع على أرض الواقع، فضلا عن إسناد مهمة الرقابة علـ ـ ـ ـ ـى تنفيذ الأشغال إلـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـى مهندس

- -

- -

مدني..الخ[1]، فهؤلاء جـ ـ ـ ـميعا يساهمون معا فـ ـي تنفيذ نفس العمـ ـ ـ ـ ـل التشييدي، وبذلك فإن العمـ ـ ـ ـل التشييدي Acte de construire هو عمل يشارك في إنجازه عدة أشخاص[2]، تكون لهم تخصصات مختلفة.

وهكذا، فإن تنفيذ عملية البناء ينشئ عددا من العقود، والعلاقات الناشئة بين فريق الإنشاء ورب العمل هي علاقات عقدية مركبة، أي أن كل عضو من أعضاء العمل التشييدي يرتبط مع رب العمل بعقد منفصل ومختلف عن الآخر، فالعقد المبرم مع المهندس المعماري يختلف تماما عن العقد المبرم بين ذات رب العمل والمقاول المكلف بتنفيذ الأشغال، ومع ذلك لا يمكن تقدير مسؤولية أي منهما بمعزل عن مسؤولية الآخر، بسبب الارتباط الشديد من الناحية العملية بين عمل أحدهما وعمل الآخر، وهو تشييد منشأة عقارية خالية من العيوب[3].

ولعل هذا التعدد في الأشخاص المساهمين في إنجاز نفس المنشأة، يطرح مشكلة تحديد المسؤول الحقيقي عن العيوب و النقائص التي تعتري البناء، سواء ظهرت هذه العيوب أثناء التشييد أو بعد اكتمال الإنجاز، حيث تعتبر هذه المشكلة إحدى أهم جوانب هذه الدراسة، وأحد الأسباب التي كانت وراء البحث في هذا الموضوع.

- -

- -

1- يمكن استخلاص مختلف الأشخاص المتدخلين في تنفيذ البناء من خلال أحكام المرسوم التنفيذي رقم: 95-414، المؤرخ في: 9 ديسمبر 1995، يتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤوليـ ـ ـ ـة المتدخلين المدنية المهنيـ ـ ـ ـ ـة، ج.ر، عدد 76. مع العلم بأن هذا المرسوم قد صدر تطبيقا للمادة 175 من أمر رقم: 95-07، مؤرخ

في: 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات ج.ر .عدد 13، معدل و متمم بقانون رقم: 06- 04، مؤرخ في: 21 فيفري 2006، ج.ر، عدد 15.

2- إن اجتماع فريق الإنشاء على تنفيذ نفس العمل (إنجاز نفس منشأة)، وارتباط نشاط كل واحد منهم بنشاط الآخر، جعل القضاء الفرنسي يلقي أحيانا بعبء المسؤولية على أحد المتدخلين دون التقيد بحدود المهمة المسندة إليه، كتقريره لمسؤولية المقاول مثلا عن الخطأ في تصميم المنشأة متى كان على درجة كبيرة من الوضوح، بحيث لا يمكن أن يخفى على مقاول مجرب في نفس مستواه الفني، ومسؤولية المهندس المعماري عن العيب في الصنعة متى كان مكلفا بالرقابة على التنفيذ وهكذا.

3- إن إنجاز منشأة عقارية هو التزام يقع كما يبدو للوهلة الأولى، و هو الاعتقاد السائد لدى الناس، على عاتق المقاول دون المهندس المعماري، و هذا في الواقع غير صحيح، لأن تنفيذ الأشغال يكون دائما تحت إدارة و رقابة المهندس المعماري، كما أن تدخل هذا الأخير في عملية البناء من خلال إعداده للتصاميم يكون إلزاميا. راجع لاحقا: ص 34 من هذه الأطروحة.

وعيوب البناء، إما أن ترجع إلى خطأ في التصميم، أو إلى عيب في التنفيذ(سوء الصنعة) كما يمكن إرجاعها أيضا إلى عيب في الأرض ذاتها[1].

وخطأ التصميم أو عيب التنفيذ قد يكون نتيجة عدم مراعاة المشيدين للأصول الفنية، أو مخالفة القوانين و التنظيمات الجاري بها العمل في ميدان البناء[2].

كما تجب الإشارة هنا إلى ظاهرة الغش في تنفيذ أعمال البناء، والتي يعزى إليها في كثير من الأحيان سوء الصنعة Malfaçon، أي ما يلحق المباني من نقائص أو عيوب، كاستعمال مواد معيبة أو غير صالحة للبناء، مثل استخدام حديد تسليح من نوع رديء، أو الاقتصاد في المواد بقصد تحقيق الربح، كاستخدام مواد أقل جودة حتى ولو كان ذلك على حساب السلامة العامة[3].

1- لقد أشار القانون المدني الصادر بأمر رقم: 75-58، مؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، (ج.ر، عدد 78)، معدل و متمم إلى أسباب تهدم المباني و تعيبها عند تنظيمه لأحكام الضمان العشري، حيث جعل المهندس المعماري مسؤولا مبدئيا عن العيوب التي ترجع إلى التصميم (المادة 555. م)، والمقاول مسؤولا عن عيوب التنفيذ(يفهم ذلك من مفهوم المخالفة لنص المادة 555)، أما عيب الأرض، وإن كان القانون المدني قد نص عليه صراحة كسبب للتهدم في المادة 554 منه، إلا أنه لم يحدد الشخص المسؤول عنه، وعلى ذلك، فهل هو المهندس المعماري أو المقاول أم الاثنان معا؟ هذا و قد نص قانون 11-04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية

العقارية(ج.ر، عدد 14) في المادة 46 منه، على نفس الأسباب تقريبا، حيث أرجع زوال البناية إلى وجود عيوب في البناء سواء كان مردها إلى خطأ في التصميم أو عيب في التنفيذ بما في ذلك النوعية الرديئة لأرضية الأساس(عيب الأرض).

2- يرجع الفقه في كل من فرنسا و مصر أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ إلى مخالفة المشيدين للأصول الفنية و أعراف المهنة و تقاليدها، بالإضافة إلى عدم احترام القوانين و التنظيمات الجاري بها العمل في مجال البناء. راجع على سبيل المثال:

بالنسبة للفقه المصري، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: العقود الواردة على العمل(المقاولة الوكالة، الوديعة، الحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1964، ص 113.

راجع أيضا، عبد الرازق حسين يسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء(شروطها- نطاق تطبيقها- الضمانات المستحدثة فيها)، دراسة مقارنة في القانون المدني، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 708.

Pour la doctrine française voir par ex:

Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de Doit civil français, 2e édition, Tome XI, (Contrats civil), Deuxième partie, L.G.D.J, Paris, 1954, pp. 194, 195.

3- لقد أثبتت التحقيقات فـــــــي حادث الزلزال المأساوي الذي ضرب ولاية بومرداس بتاريـــــــخ: 23 ماي 2003 بأن تعرض العديـد

وللأسف الشديد لازالت هذه الظاهرة الخـــــطيرة تهدد استقرار المبانـــــي والمنشآت الأخرى وعملها في ظروف طبيعية، على الرغم من أن عملية إنجـــــاز البناء في بلادنا تخضـــــع للرقابة الدائمة للمهندس المعماري والرقابة النهائية لرب العمل(1)، ومن دون أن ننسى ما للهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء من دور في الوقاية من النقائص في هذا المجال(2).

وبغض النظر عن السبب الذي تعزى إليه ظاهرة سوء تنفيذ الأعمال، فإن النتيجة واحدة وهي تعيب المبانـــــــــي وتصدعها، بل وتعرضها أحيانا إلـــــى خـــــــــطر الانـــــهيار، الأمر الذي يعرض أمـــــن وسلامة الأفراد للخطر، **ومن هذه الناحية تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع**.

والحقيقة أن الحل لا يكمن في تحديد المسؤولين عن النقائص والعيوب التي تعتري المباني نتيجة سوء التنفيذ، بل في رصد سبل التصدي لهذه الظاهرة التي باتت تهدد

باستمرار، نظرا لتكررها الدائـــم، حيـــــــاة الموطنين وتعكر أمنهم واستقرارهم، ناهيـــــك عن تعريض ممتلكاتهم للتلاف والضياع.

ونؤكـــد مرة أخرى، أن سوء تنفيذ المبانـــــي والمنشآت الثابتة نتيجـــــــة مخالفة أصـــــــــــــــــول الفـــــن -- --

من العمارات للانهيار أو التصدع كان بسبب الغش في إنجـــــــــــــازها لاسيما استعمال كميات غيـــــــــر كافية من حديد التسليــــــــــح والاسمنت، و رداءتها، فضلا عن عدم مراعاة الأصول الفنية في تشييدها، و قد توعدت السلطات العمومية أنذاك بمتابعة الجهات المسئولة عن ذلك، لاسيما مكاتب الدراسات و هيئات الرقابة التقنية بتوقيــع العقــوبات القانونيــة الرادعــــــــة، ولكن لم نسمع عن شيء من ذلك إلى غاية اليوم.

1- يملك رب العمل (صاحب المشروع) حق مراقبة تنفيذ الأشغال خلال سير عملية البناء عن طريق إنذاره للمقاول بأن يصحح من طريقة التنفيذ المعيبة أو المخالفة لشروط العقد(المادة 553 مدني)، كما يمارس رب العمل سلطته في الرقابة أيضا على ما تم تنفيذه من الأشغال عند الاستلام، حيث يجوز له أن يرفض استلام المبنى متى كان تنفيذه معيبا أو لا يستجيب لشروط العقد(عدم المطابقة)، وهذا الحكم إنما يستنبط من مفهوم المخالفة لنص المادة 558 ق.م، ويغلب أن يستعين رب العمل في معاينته للبناء عند تسلمه من المقاول بمهني متخصص(مهندس معماري).

2- تكـــــــاف هيئـــــــة المراقبـــــة التقنيـــــة للبنـــــــــاء برقابـــــــــة بنــــــــاء مخـــــــتلف أنـــــــــــــــــــواع العمـــــارات تقـــــــــــــنيا للتـــــأكـــــــــد مـــــــــــن ثبـــــــــات بنائـــــــــــها و ديمومتـــــــــه، و أسســـــــــه، و صلاحية كل ما له تأثير في ثباته، و هيكله، و جدران محيطه و سقوفه، بغية تقليل أخطار الفوضى في هذا المجال، و المساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز". راجع المادة 3 فقرة أولى من مرسوم رقم: 86- 205، مؤرخ في: 19 غيشت 1986، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، ج.ر، ص 1433.

وأعـــراف الصنعة وتقاليدها يؤدي فـــــــــــي غالب الأحــــــــيان إلى خسائر فادحـــــــــــــة فـــــــــــي الأرواح أو الممتلكات(الأموال)، لذلك، فإن علاج مشكل النقائص في إنجاز المنشآت العقارية لا يكون إطلاقا بطريق إصلاحها[1]، بل بمحاولة القضاء على هذه الظاهرة التي تحصد يوميا عددا من الأرواح، فضلا عن ما تسببه للأفراد من إصابات جسدية و عاهات مستديمة تفقد

المصاب في كثير من الأحيان قدرته على مزاولة حياته الطبيعية التي اعتاد عليها قبل الإصابة..الخ.

وقد قررت القوانين و الأنظمة الخاصة بالبناء منذ أقدم العصور عقوبات مميزة **على من يخالف أصول البناء**، نظرا لما تنطوي عليه الأبنية المعيبة من مخاطر بالنسبة للعامة، وأول مخطوطة مكتوبة هي قانون حمو رابي الذي يعود لعام 1730-1685 قبل الميلاد[2]، فإذا تهدم البناء وقتل صاحب المنزل، فإن المهندس المعماري يتعرض لعقوبة الموت، وإذا أدى التهدم إلى قتل ابن صاحب المنزل، فإن ابن المتعهد قد يتعرض لعقوبة الموت[3].

هذا وقد اعتبرت القوانين الحديثة المالك[4] مسؤولا عن تعويض الأضرار التي يحدثها البناء للغير بانهدامه، سواء كان سبب التهدم راجعا إلى نقص فـــي الصيانة أو قدم البنـــاء أو عيب فيـــــــــه، وهذا ما قررته المادة 140 فقرة 2 مدني جزائري المقابلة للمادة 1386 مدني فرنسي.

وهكذا، إذا ثبت أن تهدم البناء يرجع إلى عيب في تشييده Vice de construction، فإن مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري قد تتحقق، إما على أساس الضمان المنصوص عليه بالمادة 554 مدني المقابلة للمادة 1792 مدني فرنسي إذا حدث تهدم البناء خلال فترة الضمان

1- ولعل قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام، و كذلك قواعد الضمان العشري إنما تهدف إلى تعويض رب العمل(مالك البناء) عن الأضرار الناجمة عن عيوب البناء، مما يعني أن لهذه القواعد دورا علاجيا فحسب.

2- نعيم مغبغب، عقود البناء و الأشغال الخاصة و العامة، دون طبعة، دون دار نشر، 1997، ص 14.

3- نفس المرجع و الصفحة.

4- تلقي بعض التشريعات بالمسؤولية عن الأضرار التي يحدثها البناء للغير بانهدامه على الحارس دون المالك، كما هو الحال في القانون المدني المصري(م.177)، وعلى عكس القانون المدني الفرنسي(م. 1386) والقانون المدني الجزائري (م. 140 فقرة 2) اللذان يلقيان بالمسؤولية على عاتق المالك.

وإما على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية المبنية على فكرة الحلول[1]، لاسيما إذا وقع التهدم بعد انقضاء المدة العشرية.

ولعل من قبيل الأضرار التي يسببها حادث تهدم البناء للغير، فضلا عن الأضرار الجسدية(جروح، عاهات مستديمة)، قتل الأرواح[2].

ولما كان التنفيذ السيئ للأعمال لا تقتصر أخطاره على رب العمل(مالك البناء) فحـــــــــسب بل تطال الغير أيضا، فإنه من الواجب على أي مشرع إحاطة عملية البنـاء بعدة ضمانات لأجل كفالة حسن تنفيذها، وذلك حماية لمصالح رب العمل التي تنفذ عادة لحسابه الأشغال فضلا عن حماية الصالح العام[3].

ولكن ما هو السبيل الذي نكفل به لرب العمل حصوله على بناء سليم وخال من العيوب؟ خاصة وأن سلامة الأبنية وخلوها من العيوب هي الغاية التي يسعى إليها أي رب عمل من وراء إبرامه لعقود البناء، ولأجل تمكينه من بلوغ هذه النتيجة لم يكتف المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي بإخضاع مسؤولية المقاول والمهندس المعماري لقواعد المسؤولية العقدية التي تحكـــــــم التـــــــــــــزام سائر المقاوليـــن العاملين خارج مجـــــال البناء، بل أخضع مسؤوليتهما لقواعد

1- تعني هذه الفكرة حلول مالك البناء محل الغير المضرور في دعواه ضد المشيد المسؤول الحقيقي عن الضرر(التهدم) بما يكون قد دفعه له من تعويض. راجع تفاصيل أكثر حول هذه المسألة: فؤاد كامل، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق- بن عكنون، جامعة الجزائر،2001-2002، ص 51 وما بعدها.

2- إذا أدى تهدم البناء إلى قتل أحد الأشخاص (صاحب البناء أو أحد أقاربه، المارة في الطريق العام..)، أمكن متابعة المشيد(المقاول أوالمهندس المعماري) جزائيا بتهمة القتل الخطأ. راجع:
Philippe Malinvaud et Philippe Jestaz, Droit de la promotion immobilière, 8e éd, Dalloz-Sirey, p. 212.

3- إن إحاطة عملية البناء ببعض الضمانات لأجل كفالة حسن تنفيذها، معناه كفالة حـــــــماية مصالح رب العمل والصالح العام

أيضا، لذلك لم يعد حق البناء Droit à batir باعتباره أحد أوجه حق الاستعمال لملكية الأرض حقا مطلقا، بل أصبح استعماله اليوم يخضع لقيد رخصة البناء. راجع المادة 50 من قانون رقم: 90-29، مؤرخ في: 1 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة و التعمير، ج.ر، عدد 52، معدل و متمم بقانون رقم: 04-05، مؤرخ في: 14 غشت 2004، ج.ر، عدد 51.

خاصة أيضا تنطبق عليهما وحدهما.

ولكن قواعد المسؤولية الخاصة لا يمكن تطبيقها إلا في نطاق محدود كما سنرى لاسيما من حيث الأضرار، بمعنى العيوب التي تشملها هذه المسؤولية، ومن هنا يطرح المشكل التالي: هل استحداث المشرع لقواعد المسؤولية الخاصة بالمادة 554 من القانون المدني[1] يغنـــي المضرور، وهو رب العمل، عن اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام بعد الاستلام؟ وبتعبير آخـر، هل قواعد الضمان الخاص(الضمان العشري) تستوعب كل الأضرار المادية التي تلحق المنشأة؟

ونظرا لكون العيوب التي تعتري المنشأة بعد الاستلام ترجع في الكثير الغالب إلى عدم مراعاة قواعد الفن في تنفيذ الأشغال، فضلا عن عدم احترام النصوص القانونية المتعلقة بالبناء فإن فرض احترام المشيــدين لذلك سوف يؤدي بلاشك إلى القضاء على ظاهرة النقائص في إنجاز المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. ولكن ما هي آليات تحقيق ذلك؟ خاصة وأن قواعد الضمان العشري تهدف فحسب إلى تعويض رب العمل عما يلحق المنشأة من أضرار بسبب عيوب البناء.

فالتزام المقاول على غرار التزام المهندس المعماري يجب تنفيذه وفق الأطــر المحــــــددة قانـــــــــــــــــــونا، وهي ضرورة مراعاة كلا منهما عند تنفيذ الأشغال، قواعد الفن من جهة، واحترام القوانين والنصوص التنظيمية من جهة أخرى، تحت طائلة قيام المسؤولية التي تختلف طبيعتها على حسب نوع الضرر، ووقت حدوثه[2].

1- تنص المادة 554 مدني على أنه: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض.
ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

وهذه المادة تقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة 1792، وفي القانون المدني المصري المادة 561.

2- إن المسؤولية الناجمة عن عيوب البناء ليست من طبيعة واحدة، إذ أن طبيعتها تتوقف على نوع الضرر الذي يلحق

كما فرض القضاء الفرنسي لأجل ضمان نجاح مشروع البناء العقاري على عاتق المشيد سواء كان مقاولا أو مهندسا معماريا، واجب إبداء النّصح و الإرشاد لعميله[1]، و ذلك بسبب إدراكه مدى خطورة ما قد يترتب على سوء تنفيذ الأشغال من عواقب لا يحمد عقباها، و هذا الالتزام لا يثقل في الواقع كاهل المقاول تجاه رب العمل فحسب، و إنما يثقل كاهله أيضا في علاقته بغيره من المشاركين في تنفيذ نفس المنشأة[2].

والواقع أن تنفيذ أعمال البناء تنفيذا حسنا يفرضه واجب حسن النية[3]، وهو مبدأ ذو أصل أخلاقي[4]، يوجب على المتعهد تنفيذ التزامه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية[5]، أي بما تمليه عليه القواعد الأخلاقية من صدق ونزاهة، والابتعاد عن كل صور الغش[6] والريبة. ويظل تطبيق هذا المبدأ الجوهري عمليا أمرا مستحيلا لتعلقه بالضمير والأخلاق.

ولكن عقد مقاولة البناء لايمكن التثبت من حسن تنفيذه خلافا لمقاولات الأعمال الأخرى

المنشأة، وما إذا كان الضرر يسيرا أو جسيما. و على ذلك، قد تكون المسؤولية الناشئة عن التنفيذ السيئ للبناء من طبيعة عقدية أو تقصيرية، كما قد تكون من طبيعة عشرية.

1- كما يتعهد رب العمل من جانبه تطبيقا لواجب النصـــح و الإرشاد بتقديم العون للمقاول و المهندس المعماري، وتذليل الصعوبات التي تعترضهما عند قيام أي منهما بالمهام الموكلة إليه، و ذلك لأجل حسن تنفيذ الأشغال.

2- لقد تم النص على الالتزام بالتعاون بين أطراف العمل التشييدي بالمادة 18 والمادة 19 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البنـــــــــــاء وأجـــــــــــــــــر ذلك، ج.ر، ص 1479، المعدل والمتمم بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 4 جويلية 2001، ج.ر، عدد 45.

3- يفرض واجب حسن النية Bonne foi على المقاول إعلام رب العمل، و كذلك المهندس المعماري بما قد يكتشفه أثناء تنفيذ الأعمال من عيوب في الأرض أو في المواد، كما يجب عليه تنبيه المهندس المشرف إلى عيوب التصميم التي يمكن له كشفها بحكم خبرته المهنية وتخصصه الفني. و نفس الالتزام يفرض على المهندس المعماري في علاقته برب العمل و المقاول أيضا.

4- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية و أثره في التصرفات القانونية في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 2004، ص 98.

5- راجع المادة 107 فقرة أولى من القانون المدني، المعدل و المتمم، المذكور آنفا.

6- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد: الالتزامات، موفم للنشر و التوريع، الجزائر، 2001، ص 295 و ما بعدها.

عند انتهاء الأشغال[1]، مما يجب إخضاع عملية تنفيذ البناء لضوابط معينة، لأجل ضمان حسن تنفيذها، وهو ما يغني بلاشك عن أي ضمانات أخرى لاحقة[2].

لذلك كان لزاما على المشرع أن يعنى بالتنظيم القانوني لعملية البناء العقاري من جوانب مختلفة، حيث نص على القواعد التي تحكم بعض العقود الضرورية لإنجاز هذه العملية وفق الأطر القانونية المحددة لها، لاسيما العقد المبرم مع المهندس المعماري، والعقد المبرم مع مقاول البناء(المشيد بالمعنى الضيق)، كما نص على وجوب إبرام اتفاقية الرقابة التقنية للبناء[3].

وهكذا، اهتم التشريع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأجنبية بعلاج معضلة النقائص في تنفيذ الأشغال، ولأجل ذلك كرس بعض المبادئ التي يمكن من خلالها ضمان تنفيذ المبانـــــــــــي على نحـــــــــو حسن، نذكـــــــــر منها: تكـــــــريسه لمبدأ عدم الجـــــــــــــمع بيـــــــــن مهنـــــــة المهندس

المعماري و مهنـــة المقاول[4]، و مبدأ التدخـــــــــــل الإلزامي للمهندس المعماري[5]، فضلا عـــــــــــن مبـــدأ

1- يثبت الاستلام واقعة انتهاء تنفيذ الأشغال فقط، ولا يفترض سلامتها وخلوها من العيوب، و هو ما يبرر في الحقيقة ضمان المقاول والمهندس المعماري حسن تنفيذ الأشغال مدة معينة من الزمن بعد الاستلام.

2- إن الضمان العشري المنصوص عليه بالمادة 554 ق. م **له طابع تعويضي** فحسب، و كذلك الحال بالنسبة لضمان كمال إنجاز أشغال البناء المنصوص عليه بالمادة 26 و المادة 44 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية المذكـــــــــــــــــــــــــور سابقا، مما يعنـــــــي أن لهذين الضمانيـــن دور علاجـــــــي فقط لمشكـــــل النـــقائص فـــــــــــــــي إنجـــــــاز المبانـــــــــي و المنشآت العقارية الأخرى.

3- تلزم المادة 18 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 الذي يحدد كيفيات ممارسة تنفيذ أشغال البناء المذكور سابقا، صاحب المشروع أن يبرم اتفاقية الرقابة التقنية للبناء مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء، مع العلم بأن التأشيرة التي تمنحها هذه الهيئة تعد ضرورية للتأمين من المسؤولية المدنية المهنية للمقاولين و المهندسين المعمارييـــــــن تطبيقا لأحكام المادة 175 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، آنف ذكره.

4- لقد نصت على هذا التعارض بين المهنتين المادة 22 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و بممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر، عدد 32، المعدل و المتمم بقانون رقم: 04-06، مؤرخ في: 14 أوت 2004، ج.ر، عدد 51. راجع في مفهوم هذا المبدأ، ص 27 من هذه الأطروحة.

5- لقد نصت على إلزامية التدخل تلك المادة 55 فقرة 2 من قانون رقم: 04-05، يعدل و يتمم قانون رقم: 90-29، مؤرخ في: 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة و التعمير، آنف ذكره. راجع في مفهوم هذه الإلزامية، ص 34 من هذه الأطروحة.

وحدانية صفة صاحب العمل[1].

ولعل إقرار هذه المبادئ إنما يؤدي **دورا وقائيا** ضد احتمالات انهيار المباني أو تصدعها سواء أثناء مرحلة الإنجاز أو بعدها.

كما يجب أن نشير في هذا المقام بالدور الجوهري للمهندس المعماري في الوقاية من ظاهرة تصدع المباني وانهيارها، وذلك من خلال التزامه بإدارة الأعمال والرقابة على

تنفيذها[2]، ناهيك عن دور هيئة المراقبة التقنية للبناء في هذا المجال، إذ أنها تقوم بزيارات مفاجئة للورشة للوقوف على مدى حسن تنفيذ المنشآت[3]، منعا لأي تواطؤ قد يحصل بين المقاول المكلف بالإنجاز والمهندس المعماري المشرف على الأعمال.

كما يلـ ـ ـ ـ ـزم المقاول من جهة أخرى في صفقة إنجاز الأشغال بتقديم كفالة حسن التنفيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـذ Caution de bonne exécution [4]، وهـ ـ ـ ـ ـي تقنية تسمـ ـ ـ ـح لرب العمل بالحصـ ـ ـول على الإصـ ـ ـ ـ ـ ـ ـلاحات اللازمة لمختلف العيوب والنقائص الملاحظة فـ ـ ـ ـي العمل المنجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـز حين استلامـ ـ ـ ـ ـه كما يتعهد المهندس المعماري وفقا للأحكام التشريعية المعمول بها بإنشاء كفالة مصرفية لصالح

1- يعني هذا المبدأ اقتصار مهمة تصور البناء ومتابعة انجازه، على كل شخص تتوافر لديه صفة مهندس معماري معتمد دون سواه طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما في هذا المجال. راجع أكثر، ص 25 من هذه الأطروحة.

2- إن قيام المهندس المعماري بمهمة إدارة أشغال الإنجاز و مراقبتها على أكمل وجه، يكفل في النهاية لرب العمل الحصول على عمل متقن و خال من العيوب، الأمر الذي يستدعي في بعض الأحيان مساءلة المهندس المعماري المكلف بالإشراف على الأشغال عن عيوب التنفيذ، إذ يمكن استخلاص ذلك بمفهوم المخالفة للمادة 555 من القانون المدني التي تنص على أنه: " إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم".

3- إن تدخل هيئة المراقبة التقنية للبناء يكون لأجل الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز، حيث تقوم برقابة تنفيذ الأشغال قصد السهر على احترام المخططات المعتمدة، و كيفيات التنفيذ، و ذلك بالاتصال مع البناة. راجع المادة 3 من مرسوم رقم: 86-206، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، مذكور آنفا.

4- راجع المادة 130 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، مؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، ص 03، يلغي المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، المؤرخ في: 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58. راجع لاحقا تفاصيل هذه الضمانة المالية، ص ص 314، 315.

رب العمل، وهذا لأجل ضمان حسن تنفيذ كافة التزاماته التعاقدية[1].

ومما سبق، يمكن طرح الإشكالية الآتية: مامدى كفاية الضمانات المنصوص عليها قانونا للقضاء على ظاهرة سوء تشييد المباني والمنشآت العقارية الأخرى؟ وهل تقرير ضمانات قانونية لاحقة للإستلام يغني المستفيذ منها عن اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية؟

للإجابة على ذلك، يجب تسليط الضوء أولا على مضمون التزامات المهندس المعماري والمقاول في عملية البناء، لأن تنفيذها على أحسن وجه إنما يكفل لرب العمل الحصول على عمل سليم وخال من العيوب.

وعليه، فالمهندس المعماري يتعهد تجاه عميله بتصور البناء ومتابعة إنجازه، بينما يكلّف المقاول بالتنفيذ المادي للبناء، ولكن لا يتدخل أي منهما في عملية البناء إلا بناء على عقد[(2)] منفصل ومستقل عن الآخر.

ونظرا لاختلاف العقد المبرم من طرف رب العمل مع المهندس المعماري عن العقد المبرم مع المقاول من حيـ ـ ـ ـث طبيعة الآداءات المتولدة عنهما، فقد آثرنا بحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـث كلا من العقدين ضمن

1- راجع المادة 45 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المعدل و المتمم، المذكور آنفا.

2- لذلك، فقد تم استبعاد من نطاق هذه الدراسة المسؤولية التقصيرية للمقاول والمهندس المعماري تجاه رب العمل، نظرا لوجود عقد ينظم العلاقة القائمة بينهما، وبالتالي لا يمكن أن تكون مسؤوليتهما عن سوء تنفيذ المنشأة من طبيعة تقصيـ ـرية. ومع ذلك يمكن لرب العمل الرجوع على المقاول أو المهندس المعماري استنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـادا إلى دعوى المسؤوليـ ـ ـ ـ ـة التقصيرية فـ ـ ـي حالات معينـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة قررها القضاء الفرنسي، وهي: حالة دعوى الحلول Action en subrogation، حالة الغش أو التدليس En cas de fraude ou dol، و لكن هذه الحالة الأخيرة نعتقد أن المسؤولية فيها تبقى من طبيعة عقدية، وكل ما في الأمر ألا يعامل المدين سيئ النية فيها معاملة المدين حسن النية، وذلك بأن يبقى المقاول ذي النية السيئة ملتزما بالضمان(التعويض) المدة الطويلة(15 سنة في القانون الجزائري، و30 سنة في القانون المدني الفرنسي) بدلا من المدة القصيرة(10 سنوات بالنسبة للضمان العشري).

كما يستند رب العمل في رجوعه على المقاول والمهندس المعماري بالتعويض إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أيضا في حالة الأضرار الأخرى، مثل الإصابات الجسدية التي تلحقه هو أو أحد أفراد أسرته، لأن عقد المقاولة لا ينشئ بإجماع الفقه الفرنسي على عاتق المشيد التزاما بالسلامة Obligation de sécurité، و هذا ما أكده كذلك القضاء الفرنسي. راجع على

سبيل المثال: Cass.civ3, 27 nov. 1970, Bull.civ., n653

فصلين مستقلين، تحـــــــت باب واحد، والموسوم بـ: **المتدخلين المنفذين لعمليـــة البنـــــاء العقاري الأول**: تم تخصيصه للعقد المبرم مع المهندس المعماري، **والثاني** لماهية التزام المقاول بالبناء.

أما **الباب الثاني،** فقد تم تقسيمه أيضا إلى فصلين، **الأول** تم تخصيصه لنطاق المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن عيوب البناء، وذلك بعد التعرض لماهية استلام الأشغال[1]، أما **الفصل الثاني،** فقد تم فيه بيان جزاء هذه المسؤولية ونظامها القانونـــــــــي، وذلك لإبراز ميزاتها الذاتية، وتمهيدا لمقارنتها بالضمانات اللاحقة لاستلام البناء.

وأخيرا، تم تكريس **الباب الثالث** لدراسة الضمانات القانونية اللاحقة لاستلام البناء، وذلك من خلال فصلين مستقلين، **الأول** تم تخصيصه لبحث المسؤولية عن ضمان عيوب البناء غير المؤثرة[2]، بينما تم تخصيص **الفصل الثاني،** للمسؤولية عن ضمان عيوب البناء الماسة بصلابة البناء(الضمان العشري)[3].

1- لقد آثرنا الكلام عن عمليـــة استـــــلام الأعمال قبــــــل البحـــــــث في نطاق المسؤوليـــــــــة العقدية للمقاول والمهندس المعماري وتمهيدا للكلام عن الضمانات القانونية، لأن الاستلام يفصل بين نظامين جوهريين، نظام ما قبل الاستلام، ويخص المسؤولية العقدية للقانون العام، ونظام ما بعد الاستلام، ويتعلق الأمر بالضمان العشري وضمان كمال الإنجاز الذي تم استحداثه لأول مرة بموجب المادة 14 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري ج.ر، عدد 14، الملغى بقانون رقم: 11-04 الذي يحـدد القواعـــد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، آنف ذكره.

وبمعنى آخر، الاستلام هو مرحلة حاسمة في تنفيذ عقد المقاولة، فمن هذا الوقت يتم معرفة مدى وفاء المشيد بالالتزامات الملقاة على عاتقه، وبحث مختلف المسؤوليات التي يمكن أن تثار بسبب عيوب البناء.

2- إن عيوب البناء غير المؤثرة التي تظهر بعد الاستلام لايمكن في الواقع إصلاحها استنادا إلى الضمان العشري المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني، و التي تفترض في العيب الموجب لهذا الضمان أن يكون على درجة

كبيرة من الخطورة(الجسامة)، و لكن يمكن إصلاحها حسب الاتجاه الغالب للقضاء الفرنسي طبقا للمسؤوليـــــة العقدية للقانــــون العــــام(المادة 1347 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 178 من القانون المدني الجزائري)، أو طبقا لأحكام ضمان كمال الإنجاز الذي يتحمله المقاول المعنـــــــــــــــي بالأشغال المعيبة فـــــــــــــي القانون الفرنسي حسب المادة 1792/6-2 مدنـــــــــــــي، والمرقي في القانون الجزائري، ولكن في إطار عقد بيع عقار مبني فقط حسب المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، آنف ذكره.

3- تجـــــدر الإشارة أن قواعد الضمان العشري تكـــــــــــــون قابلة للتطبيق على مقاولة أشغال البنـــــــــــــاء سواء كان لها الصفة الخاصــــــة

وعلى ذلك، نخرج من نطاق هذه الدراسة، الضمانات المالية Garanties financières[1] كآلية لضمان حسن تنفيذ صفقة إنجاز الأشغال، والمنصوص عليها بالمادتين 110، 130 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور آنفا، لأنها تصلح لأن تكون موضوع دراسة مستقلة، ونكتفي هنا بالإشارة إليها فقط.

ومما تجـــــدر الإشارة إليـــــه، اقتصار هذه الدراسة على بحـــــــــث مسؤوليـــــة المقـــــــــاول والمهندس المعماري دون غيرهما من المتدخلين الآخرين، نظرا لأهمية الدور الذي يلعبه كل منهما في عملية التنفيذ المادي للأعمال، حيث يعتبر المهندس المعماري شخصية محورية فيها فيقوم بتصور البناء ووضع مشروعات إنجازه، و الإشراف على تنفيذه، أما المقاول فيقوم بالتنفيذ المادي للبناء وفق الأطر المحـــــــــددة له، سواء تعلق الأمر بالمخططات المعتـــــــمدة أو بكيفيات التنفيذ المحددة..الخ.

وعلى ذلك، لا يقوم المراقب الفني Contrôleur technique بأي دور مباشر في التنفيذ المادي للبناء، وإنما ينحصر دوره في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز من خلال قيامه بزيارات مفاجئة للورشة، لذلك فدوره يعتبر وقائيـــــا[2]، ومن ثـــــم وجـــــب إخراجـــــه مـــــن

أو العامة، لأن قواعد هذا الضمان تم استحداثها فـــــي المقام الأول لحماية السلامة العامة، فضلا عـــــن اتصـــــال موضوعه بالمباني والمنشآت العقارية، وبغض النظر عن طبيعة العقد المبرم لإنجازها، ولأدل على ذلك، إحالة بعض القوانين الخاصة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الضمان العشري على أحكام المادة 554 وما بعدها من القانون المدني، فالمادة 22 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ فـــي: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارســة تنفيذ الأشـــغال فـــــي ميـــدان البنـــــاء وأجر ذلك المذكور آنفا، جعلت المستشار الفني والمقاول مسؤولين بالتضامن طبقا للمادة 554 من القانون المدني خلال عشر سنوات عن تهدم المباني والمنشآت الثابتة، كما جعلت المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المؤرخ في: 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و بممارسة مهنة المهندس المعماري المذكور آنفا، صاحب العمل مسؤولا كذلك طبقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني عن جميع الأعمال المهنية المنوطة به.

1- تتمثل هذه الضمانات في: كفالة حسن التنفيذ Caution de bonne exécution، وكفالة رد التسبيقات Caution de Retenues de garantie. راجع حول مفهوم هاتين الضمانتين الماليتين، ص ص 313 ، 314، 315 من هذه الأطروحة.

2- يرتبط المراقب الفنـــــي على غرار المهندس المعماري والمقاول مع رب العمل بعقـــــــد مقاولة(اتفاقيـــــة الرقابة التقنية للبناء) وبالتالي، فإنه يكون مسؤولا تجاهه تعاقديا عن إخلاله بالتزاماته، وبالرغم من دوره الوقائي إلا أنه يكون مدينا بالضمان العشري

فئة المنفذين للبناء.

ويجب أن نشير أيضا، أنه سوف تتم معالجة " موضوع ضمانات حسن تنفيذ أعمال البناء" دون تمييز بين عقد مقاولة البناء في القانون الخاص و القانون العام، نظرا للتقارب الكبيـــــــــر الموجــــود بين العقدين[1]، على الأقل من حيث المحـــل، إذ ينصب كلاهما على تشييد عقار(منشأة)، وكذلك بالنظر إلى التشابه بين مضمون الالتزامات المتولدة عنهما، ففي الحالتين يتعهد المقاول بإنجاز منشأة مطابقة للتعهدات التعاقدية ولقواعد الفن فـــي آن واحـــــــــــد، وكذلك الأمـــر بالنسبة للمهندس المعماري، حيث يتعهد بموجب العقد الذي يربطه بعميله بتقديم نفس الخـــدمات، لقاء أجـــــــــــــر معلوم، سواء كان لرب العمل(العميل) الصفة الخاصـــــــة أو العامة.

ومن الأمثلة النموذجية على هذا التقارب بين العقدين، نظام الضمان العشري الذي يكون قابلا للتطبيق على كل عقد مقاولة ينصب موضوعها على تشييد الأبنية حتى ولو كان الشخص الذي تنفذ لحسابه الأشغال(رب العمل) من أشخاص القانون العام، ولأدل على ذلك، هو ما نصت عليه المادة 22 فقرة أولى[2] من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ أشغال البناء وأجر ذلك المذكور سابقا، حيث أحالت هذه المادة بخصوص المسؤولية العشرية للمستشار الفني على المادة 554 من القانون المدني، وكـــــذلك فعلت المادة 14[3] من المرسوم التشريعـــــــــي رقـــــــم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعمـــــــــاري

كما سنرى لاحقا. راجع: ص 434 و ما يليها من هذه الأطروحة.

1- Marcel Sousse, Droit public des contrats de construction, LGDJ, 1998, pp. 19, 20.

2- " طبقا للمادة 554 من القانون المدني، يعد المستشار الفني والمقاول مسؤولين بالتضامن خلال عشر سنوات عن تهدم المباني والمنشآت الثابتة كلها أو جزءا منها، و لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض. وتشمل مسؤولية المستشار الفني ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

3- " يعد صاحب العمل عند إنجاز مهمته وطبقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني المدافع عــــن مصالح صـــــاحب المشـــــروع، ويتحمل مسؤولية جميع الأعمال المهنية المنوطة به".

وبممارسة مهنة المهندس المعماري المذكور سابقا، التي أحالت هي الأخرى بخصوص المسؤولية المهنية لصاحب العمل على نفس المادة.

ويمكن تبرير هذا التماثل بخصوص تطبيق أحكام الضمان العشري على عمليات إنجاز المباني العمومية بأن المتعهد(صاحب الصفقة) الذي تسند إلية الإدارة المتعاقدة (صاحب المشروع) مهمة تنفيذ الأشغال، يغلب أن يكون من أشخاص القانون الخاص[1].

كما أن المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن سوء تنفيـــــذ المنشأة العقارية تتحدد بناء على نطاق المهمة المسنـــــــدة إلى كل واحـــــــــــــد منهما، بغض النظر عن طبيعة العقد المبــــرم مـــــــع رب العمل، وكون هذا الأخير من أشخاص القانون العام أو الخاص.

أما بالنسبة للمنهج المتبع في إطار هذه الدراسة، فقد تم الإعتماد على المنهج التحليلي لأهم النصوص القانونية التي لها علاقة بموضوع هذا البحث، لاسيما المواد المنظمة لعقد المقاولة في القانون المدني[2]، بالإضافة إلى بعض النصوص القانونية الخاصة لاسيما تلك المنظمة لمهنة المهندس المعماري[3]، والمحددة لكيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء[4]، وكذلك قوانين الترقية العقارية المتعاقبة[5]، ونصوص قانونية أخرى.

مع الحرص في إطار هذه الدراسة على ابراز الإختلاف بالنسبة لبعض المسائل التـــي ليس لها

1- كان قطاع البناء في السابق حكرا على الدولة، نظرا للنهج الاقتصادي الاشتراكي الذي كان مطبقا أنذاك، حيث كانت الدولة تقوم بواسطة مؤسساتها العمومية الاقتصادية بمهمة مزدوجة، هي إعداد الدراسة و التنفيذ في آن واحد، مما أثر ذلك سلبا على جودة مشاريع البناء المنجزة.

2- أخص بالذكر في هذا الصدد، المواد التي لها علاقة بالتزام مقاول البناء و المهندس المعماري، سواء تعلق الأمر بمضمون هذا الالتزام أو بجزاء الإخلال به، مثل: المادة 554، 555، 556...الخ.

3- المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل و المتمم، المذكور سابقا، لاسيما المواد: 7، 8، 9، 10، 14.

4- القرار الوزاري المشترك المؤرخ فـــــــــــــــي: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجــر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

5- كان آخرها قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور سابقا.

نفس الأحكام[1] لاسيما بين القانونين الجزائري والفرنسي.

وقد تم من خلال هذه الدراسة أيضا تسليط الضوء على ما توصل إليه القضاء المقارن لاسيما القضاء الفرنسي من حلول ومبادئ قضائية(2) فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأخطاء الصادرة من المنفذين لمشاريع البنـــــــــــاء، خاصة المقاول والمهندس المعماري، وذلك لمحاولة الاستفادة منــــها، بسبب انعدام اجتهاد قضائي حقيقي من طرف محاكمنا في هذا المجال.

1- فعلى سبيل المثال لم يقر القانون المدني الفرنسي في المادة 1792 منه، المتعلقة بالمسؤولية العشرية مبدأ التضامن بين المدنين بالضمان العشري، بخلاف الوضع في القانون المدني الجزائري الذي أقر هذا المبدأ بين المقاول والمهندس المعماري في المادة 554 منه، و نفس المبدأ أقره القانون المدني المصري في المادة 658.

2- نذكر من بين الحلول التي كرسها القضاء الفرنسي في هذا المجال، تقرير مبدأ المسؤولية في حدود المساهمة الشخصية لكل مشارك في تشييد المنشأة، كما رتب على عاتق كل متدخل في عملية البناء التزام بالتعاون وتقديم المساعدة لباقي المساهمين الأخرين في تنفيذ نفس المنشأة، والتزام كل منهم بإعلام الشريك الآخر في حدود تخصصه المهني وخبرته الفنية.

البـاب الأول:

المتدخلون المنفذون لعمليـة البنـاء العقـاري

لاشك أن المهندس المعماري و المقاول يؤدي كلا منهما دورا مباشرا في تنفيذ أعمال البناء حيث يتولى الأول إعداد المشروع المعماري للمنشأة المزمع إنجازها (الدراسة الهندسية)[1]، أما الثانـي، فيتـعهد بتنفيذ الأعمـال المتعلقة بها وفقا للمشروع المعد لهذا الغرض.

وبعبـارة أخـرى، إذا كان المهندس المعمـاري هو الطرف الذي يتولـى تصـور البنـاء وانجازه، فإن المقاول هو من يكلف بتحقيق هذا التصور، ويجعل منه شيئا ملموسا[2].

والواقع، أنه لا يمكن للمهندس المعماري ولا للمقاول التدخل في عمليـة البنـاء إلا بطلب من رب العمل الذي يرتبط مـع كل واحد منهما بعقـد منفصـل ومختلف عن الآخر[3]، مما يعنـي اختلاف طبيعة آداءات كل منهما، وكذا مدى المسؤولية المترتبة على كل واحد منهما، ولكن فـي الغالب تكون الأضـرار الناتجـة عن عيب في التشييد نتيجة خطأ مزدوج[4].

ويلاحـظ بأن العقـود المبرمة مع مؤجري العمل، إما أن تضع علـى عاتق المقـاول خدمة مادية، كـما فـي عقـد البناء، أو تضـع على عاتقه خدمة ذهنيـة، وهذا هو حال عقـد الهندسة المعمـارية، فـي أغلب الأحوال عقـود إدارة العمل[5].

1- إن الدراسة التقنية للمشروع أصبح يضطلع بالقيام بها المهندس المدني، وهي تحتوي خصوصا على الهندسة المدنية للهياكل وكذا قطع الأشغال الثانوية: راجع، المادة 55 فقرة 1 و3 من قانون رقم: 04- 05، يعدل ويتمم قانون رقم: 90- 29 يتعلق بالتهيئة والتعمير، مذكور آنفا.

2- راجع المادتين 8، 9 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

3- Henri et Léon, Jean Mazeaud par Michel de Juglart, Leçons de droit civil : Principaux Contrats, T. 3, Vol.2, 3e éd.Montchrestien, Paris (Ve), p. 575.
4- Mazeaud (H et L, J), Ibid., p.575.
5- Mémento pratique, Immobilier (urbanisme, Construction, Gestion, Juridique-fiscal-financier) A jour au 1er avril, 1991, E.F.L, Paris, p. 515.

ويمكن أن تكون الخدمة الذهنية فـي عقد الأشغال تابعة للخدمة المادية، كما لو شارك المقـاول فـي تصـور المنشأة[1]، لكـن تبقـى الخدمة المادية هـي الغالبة، حيث يتحمل المقاول التزام بنتيجة، وهذا ما هو منصوص عليه بالمادة 29 فقرة 5[2] من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا.

ونظرا لأهمية تحديد دور كل من المهندس المعماري والمقاول في عملية البناء لمعرفة الطرف المسؤول عن سوء التنفيذ لاسيما وأن نقائص البناء غالبا ما تكون نتيجة خطئهما المزدوج، نظرا لارتباط مهامهما بعضها مـع بعض، ارتأينـا التطرق إلـى مهـام المهندس المعمـاري والمقاول في عملية البناء، غير أن ذلك يستلزم منا تسليط الضوء على تلك العلاقة التي تنشأ بين كل واحد منهما ورب العمل، لأنها في الواقع هي أساس المسؤولية الناجمة عن سوء إنجاز المنشأة.

وللإحاطة بهذه العلاقة، تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، الأول تحت عنوان: **التنظيم القانوني للعقد المبرم مع المهندس المعماري**، أما الفصل الثاني، فيحمل عنوان: **ماهية التزام المقاول بالبناء.**

- -

- -

1- يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعهد بصفة استثنائية إلى متعامل متعاقد واحد في إطار صفقة أشغال بمهمة تتضمن في آن واحد، إعداد الدراسات وإنجاز الأشغال. راجع المادة 35 فقرة 1، 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- " إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات، وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال".

الفصـل الأول:

النظام القانونـي للعقـد المبـرم مـع المهندس المعماري

لقد تولى المشرع تنظم العقد المبرم من طرف رب العمل مع المقاول تنظيما جامعا مانعا بخلاف العقد المبرم مـع المهندس المعمـاري[1]، وهذا علـى غرار القانون المدنـي الفرنسي الذي كان قد انشـغل بصفقات المقـاولة المبرمة مـع مقاولـي البنـاء[2]، حيث اقتصر علـى تحـديد بعض التزاماته، وذلك بصدد تنظيمه للمسؤولية العشرية التي قد تترتب عن تدخله في تصميم الأعمال أو الرقابة على تنفيذها[3].

وقد تم ذكر هاذين الالتزامين كذلك في المادة 563 من القانون المدني التي تناولت كيفية تحديد الأجر المستحق للمهندس المعماري.

هذا، وقد تعززت العلاقة بين المهندس المعماري ورب العمل بالقرار الوزاري المشترك المـــــؤرخ فــي: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيـذ الأشغال فـــــي ميــــدان البنـــــــاء وأجـــــر ذلك، مع العلم بأن المرسوم التشريعي رقـــم: 94-07 المذكـــــور آنفا، قد أشار فقط على غرار القانون المدنــــــي إلى التزام المهندس المعماري بتصور البناء ومتابعة إنجازه[4].

ولما كان تدخل المهندس المعماري في عملية إنجاز البناء العقاري يكون في الغالب[5] بناء على عقد مبرم مع رب العمل، فمن الأهمية بمكان التطرق إلى ماهية هذا العقد(**المبحث الأول**)، ثم تحديد المهام المتولدة عنه(**المبحث الثاني**).

1- Amor Zahi, « Le Droit et La responsabilité en matière de la construction », Revue Algérienne des sciences juridique économique et politique », Volume XXV, N3, Septembre 1987, p. 591.
2- Roger Saint-Alary, Le Droit de la construction, 1e édition, P. U. F, Paris, 1969, p. 108.

3- راجع المادة 555 ق. م.

4- راجع المادة 9 من المرسوم التشريعي رقـــم: 94-07 المؤرخ فـــــي: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتـــــــاج المعمـــــــــــــاري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

5- قد يكـــــون يتدخـــــــل المهندس المعماري فـــــي عملية البناء بناء على عقد مبرم مع المقاول المكلف بالإنجاز، وهذا ما نصت

المبحـث الأول:

ماهيـة العقـد المبـرم مـع المهندس المعمـاري

المهندس المعماري هو في الكثير الغالب، كل تقني يتصرف كصاحب عمل[1]، وهو يرتبط مع عميله[2] بعقد مقاولة. وعلى ذلك، فإنه يتعـهد تعاقديا تجـاهه، أي أنه غيـر مرتبط بالمقاولة التـي تتولـى تنفيذ الأعمال، وهو مستشار رب العمل و ليس ممثلا له، وبالتالي، فإنه لا يلزم بالأوامر التـي يصدرها أو بالوثائق التي اكتتبها[3].

ومهنة المهندس المعماري[4] هي مهنة حـرة، لا يجوز ممارستها إلا ممن توافرت فيه هذه الصـفة[5]، إذ يمنـع على أي شخص ممارسة مهنة المهندس المعماري أو حـمل هذا اللّقب إذا لم يكـن مسجــــــلا فـــــــي الجدول الوطنــــي للمهندسين المعماريين[6]. ويشتـرط للتسجيـــــل فـــــــي الجــــــدول

- -

- -

عليه المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري.

1- إن صاحب العمل Maitre d'oeuvre ليس هو صاحب المشروع Maitre de l'ouvrage الذي تنجز لحسابه المنشـأة بل هو المهنـي الذي يتدخل في مقاولة البنـاء، و يتحمل لأجل ذلك تصور المنشـأة ومراقبة تنفيذ مجموع الأشـغال، وفـي الغالب هو المهندس المعماري، ولكن يجوز أن يكون كذلك مهندس- مستشار. راجع:
Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Pierre-Yves Gauthier, Droit civil : Les contrats spéciaux, 2e édition refondue, Editions juridiques associées, Paris, 2005, p.407, note(1).

2- يفرض المشرع في المادة 55 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، المعدلة بقانون رقـــــــم: 04-05 آنف ذكـــره على كل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في إنشاء بناية أن يلجأ إلى مهندس معماري و مهندس معتمدين.

3- François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 3e édition 1996, Dalloz, Delta, p.563.

4- تم تنظيم مهنة الهندسة المعمارية لأول مرة بأمر رقم: 66- 15، مؤرخ في: 13 يناير 1966، يتعلق بمهنة المهندس المعماري، ج.ر، صادرة بتاريخ: 26 رمضان 1385، ص 70. و قد تم إلغاء هذا الأمر بالمرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعـدل والمتمم بقانون رقم: 04-06، المذكور آنفا.

5- Collart Dutilleul(F) et Delebecque(Ph), op.cit., p. 563.

6- راجع المادة 05 من أمر رقم: 66- 15، والمادة 15 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 مذكوران أعلاه، حيث يعتبر التسجيل بالجـــدول الوطني للمهندسين المعماريين حسب المادة 15 من هذا المرسوم بمثابة اعتماد، غيــــر أن تسجـــــــيل الأجانب

الوطنـي للمهندسين المعماريين أن يكون المرشح للمهنة أولا وقبــــل كل شـــــيء حاملا للجنسية الجــــــزائرية[1]، ومتمتعا بحقوقه المدنية[2]، بالإضافة إلى حصول المعني على المؤهل العلمي[3] أو يثبت على الأقل أنه اجتاز بنجاح امتحانا مؤهلا[4]، كل ذلك ضمن الشروط المحددة بقرار من وزير الإسكان والتعمير ووزير التربية الوطنية[5].

هـ ـ ـذا ويحظر علـ ـ ـ ـ ـ ـ ـى المهندس المعماري امتهان مهنة المقاول لعدم وجود أي تماثل بين المهنتين[6]، لأن العقد الذي يربط المهندس المعماري مع رب العمل يختلف بل يتعارض مع العقد الذي يربط المقاول مع ذات رب العمل[7]. وبفضـ ـل هذا المبدأ أي مبـ ـدأ عدم التجانس انفصلت مهنـ ـة المهندس المعماري عـ ـن مهنـ ـة مقـ ـاول البناء[8].

الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية لممارسة المهنة بالجدول يكون مؤقتا وقابلا للإلغاء.(راجع المادة 17-2 من نفس المرسوم التشريعي).

1- يكفي لممارسة المهنة من طرف الأجانب أن يكونوا حائزين على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة حسب المادة 17-2 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري المذكور آنفا، ونفس الشرط كان مفروضا بالمادة 7 فقرة 2 من أمر رقم: 66-15 يتعلق بتنظيم مهنة المهندس المعماري، مذكور آنفا.

2- راجع المادة 7 فقرة أولى من أمر رقم: 66-15، والمادة 17 فقرة أولى من المرسوم التشريعي رقـ ـ ـ ـ ـ ـم: 94-07 آنف ذكرهما.

3- يجب على المرشح للمهنة أن يثبت حصوله على شهادة دبلوم الدولة في الهندسة المعمارية، أو شهادة دبلوم وطنية أو أجنبية حسب المادة 7 – 1 من أمر رقم: 66-15. راجع في نفس الشرط، المادة 17-1 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07.

4- راجع المادة 7 - 2 من أمر رقم: 66-15. هذا و لم يرد حكم مماثل ضمن أحكام القانون الحالي المنظم للمهنة، أي المرسوم التشريعي رقم: 94-07.

5- راجع المادة 7 فقرة أولى من أمر رقم: 66-15.

6- George Liet-Veaux, Le Droit de la construction, Librairies Techniques, Editions CELSE Paris, 1976, p. 207.

7- Liet-Veaux(G), Ibid., p. 207.

8- لقد كان المقاول في السابق يضع التصميم الهندسي و ينفذه في آن واحد، فكان يقوم بمهمة المقاول و المهندس معا. راجع: زهدي يكن، شرح قانون الموجبات و العقود، الجزء الحادي عشر، دون طبعة، دار الثقافة، بيروت- لبنان، دون سنة نشر، ص 201 - محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال و تسلمها مقبولة من رب العمل، دون طبعة منشأة المعارف، دار وهدان للطباعة و النشر، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ص 38، 39.

ويعتبر المهندس المعماري مستقلا فـ ـي أداء مهامه عن رب العمل و المقـ ـاول أيضـ ـا، إذ مما لا شك فيه أن هذه الاستقلالية التـ ـي يتمتـ ـع بها المهندس المعماري إزاء المقـ ـاول تعد فـ ـي حد ذاتها أكبر ضمان ضد كل ما من شأنه أن يؤثر سلبا على جودة الأعمال.

وحتى تتجلى بوضوح ماهية هذا العقد، يجب تحديد مفهومه (**المطلب الأول**)، ثم طبيعته القانونية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مفهـوم عقـد الهندسـة المعمـارية:

يسمى هذا العقد أيضا بعقد إدارة المشروع[1]، ويسمى في القانون الأردني مثلا بعقد الخدمات الهندسية، وذلك بحسب الشروط العامة لمقاولات المشاريع الإنشائية[2]. وقبل تعريف هذا العقد (**الفرع الثاني**)، يجب أولا التطرق ولو بشيء من الإيجاز لتطور مهنة المهندس المعماري (**الفرع الأول**).

ونظرا للدور الجوهري للمهندس المعماري في عملية البناء، إذ يعتبـر شخـــصية محـــورية فيها، أحاط المشرع مهنة المهندس المعماري ببعض المبادئ كان الغرض منها ضمان حسن تنفيذ البناء، مما يجب التطرق لها (**الفرع الثالث**)، كما يجب بيان خصائص عقد الهندسة المعمارية أيضا حتى تتجلى حقيقة ملامح هذا العقد (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول: التطور التاريخي لمهنة المهندس المعماري:

لقد ظلت مهنة المهندس المعماري تلتبس بمهنة المقاول ردحا طويلا من الزمن[3]. و حسب

1- راجع المادة 55 فقرة أولى من قانون رقم: 04-05، يعدل و يتمم قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، مذكور آنفا.

2- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني: العقود المسماة(المقاولة، الوكالة، الكفالة)، طبعة أولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 57.

3- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص ص 38، 39.

جانب من الفقه، فإن هذا الخلط بين الحرف ظل سائدا قرنا ونصف من الزمن[1]، حيث أكد الفقه الفرنسي أنه في بداية القرن التاسع عشر كانت مهنة المهندس المعماري ومهنة مقاول المباني تختلطان دوما، فكان المقاولون يوردون التصاميم بأنفسهم[2].

وقد وقع في هذا الخلط بين المهنتين القضاء الفرنسي[3] الذي لم يكن يميز أحيانا بين مصطلح Maitre d'ouvrage و اصطلاح Maitre d'œuvre، حيث تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الحكم الصادر عن محكمة ليون الذي قضت فيه بتاريخ: 1885/5/22 بأن " ممارسة مهنة المهندس المعماري لا تتعارض مع تنفيذ الأشغال من طرف المقاولة"، وذلك بمناسبة تشييد بورصة التجارة سنة 1880 من طرف Blondel بصفته مهندسا معماريا، ممـــــــولا ومقاولا[4]، وذلك بسبب اللبس الذي كان يحدثه كلا من المصطلحين، مع العلم بأن المهندس المعماري كان يعرف في العصور الوسطى بصاحب العمل Maitre d'œuvre أو برئيس العمال حسب المعنى الأصلي للكلمة[5]، وهذا ما يبرر في الحقيقة الخلط الذي كان سائدا أنذاك.

ولم تنفصل المهنتان عن بعضهما البعض إلا بعد تطور طويل، حيث انفصل نشاط المهندس المعماري عن نشاط المقاول في المنتصف الثاني من القرن التاسع عشر[6] نتيجة الانفجار العمراني والتطور التقني الناتجـــــــن عن الثـــورة الصناعيـــة[7]، باعتباره يمارس فنـــا حـــــــــــرا

1- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة 1985، ص 15. راجع كذلك: Liet-Veaux(G), op.cit., p. 166.

2- Mazeaud (H, L et J), op.cit., p.567.

راجع كذلك، زهدي يكن، مرجع سابق، ص 201.

3- Mazeaud (H, L et J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T.2, 6e éd, Montchrestien, 1970, P. 65, note (1).

4- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 172.

5- Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 65.

6- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 15.

7- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 65.

بينما يمارس المقاول حرفة يدوية Art libéral [1]، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1897، حيث قضت فيه، بأن " المهندس المعماري بخلاف المقاول لا يعتبر تاجرا" [2].

وبعد انفصال المهنتين عن بعضهما البعض، أصبح المهندس المعماري الذي يجب أن يكـــــون حاصلا على الشهادات يمارس مهنة حـــــــــــــرة، فكان يكلّف بتصور العمل، وكذلك بإدارة ورقابة الأشغال، بينما يمارس المقاول مهنة تجارية، فينفذ أو يتولى التنفيذ بواسطة مقاولين فرعيين الأشغال المحددة من طرف المهندس المعماري وتحت رقابة هذا الأخير[3].

وفي الواقع، إن دور المهندس المعماري يختلف عن دور المقاول اختلافا جوهريا، حيث يؤدي المهندس المعماري عملا ذو طابع فني[4] بحت، وهو تصور البناء ووضع مشروعات تنفيذه، بينما يقوم المقاول بعمل مادي، يتمثل في تنفيذ البناء وفقا للتصاميم(الدراسة) التي أعدها المهندس المعماري وطبقا للخطة التي رسمها[5].

وبذلك، فإن المقاول يؤدي بخلاف المهندس المعماري عملا تجاريا[6].

1- Mazeaud (H et L, J), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, op.cit., p. 65.

2- Civ.14 déc.1897, D.1900-1-584.Goudet.

3- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : contrats spéciaux, op.cit., p.567.

4- يثبت للمهندس المعماري حق ملكية معنوية على التصاميم التي يضعها. راجع المادة 11 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المذكور آنفا. راجع كذلك، المادة 4/ و من أمر رقم: 03-05، مؤرخ في: 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، عدد 44.

5- V. Labin et Saint-Alary cités par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 17، 18، هامش رقم:(11)

6- كان نشاط البناء في فرنسا قديما يعتبر عملا مدنيا لارتباطه بالأرض، غير أن الفقه والقضاء الفرنسي الحديث اعتبره على غرار مقاولات الإنتاج والتحويل عملا تجاريا مادام يتوفر فيه عنصري التداول والمضاربة، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 2 فقرة 4 من القانون التجاري، حيث اعتبر مقاولات البناء والتمهيد والحفر وتهيئة الأرض عملا تجاريا بحسب الموضوع وكرسه المرسوم التشريعي رقم: 93-03، في المادة 4 منه، التي تحيل على المـادة 2 من القانـون التجاري. راجع: علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص ص 114-117.

الفرع الثاني: تعريف عقد الهندسة المعمارية:

الهندسة المعمارية هي التعبير عن مجـموعة من المعارف والمهارات مجتمعة في فن البناء كما أنها انبعاث لثقافة ما وترجمة لها[1].

أما عقد الهندسة المعمارية Contrat d'architecte، فهو عقد يلتزم بمقتضاه مهندس معماري معتمد بتصميم بناء ومتابعة تنفيذه في مقابل أجر، يلتزم به الطرف الآخر، وهو في الغالب رب العمل الذي يشيد لحسابه البناء.

والعقد المبرم مع المهندس المعماري يسمى بعقد الاستشارة الفنية[2]، متى كان شاملا مهمتي تصميم الأعمال والرقابة على التنفيذ، كما يعرف كذلك بعقد إدارة المشروع حسب المادة 55 من قانون التهيئة والتعمير[3].

وعلى العموم، هو عقد يلتزم بمقتضاه مهندس معماري معتمد بتقديم خدماته لعميله مقابل أجر محدد.

وقد ربط المشرع في المادة 29 فقرة 11 [4] من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور آنفا، بين صفقة الدراسات وصفقة الأشغال، حيث جعل هذه الأخيرة سببا لإبرام الصفقة العمومية للدراسات.

وتهدف الصفقة العمومية للدراسات إلى إنجـــــــــــاز خدمات فكـــرية[5]، وتشمل مهمات المراقبـــــــة

1- راجع المادة 2 فقرة أولى من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل و المتمم، المذكور آنفا.

2- راجع المادة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ فـــــي: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات تنفيذ الأشغال في ميدان البنـــاء و أجر ذلك، المعدل و المتمم، المذكور آنفا.

3- هذه التسمية هي ترجمة للعبارة الفرنسية Contrat de direction de projet راجع النص الفرنسي للمادة 55 من قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 المعدلة بقانون رقم: 04-05 مذكور آنفا.

4- " تشمل الصفقة العمومية للدراسات عند ابرم صفقة أشغال..". راجع المادة 29 فقرة 11 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 ديسمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

5- راجع المادة 29 فقرة 10 من نفس المرسوم الرئاسي رقم: 15-247.

التقنيـة أو الجيوتقنـية، والإشراف على إنجاز الأشغال و مساعدة صاحب المشروع[1].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن العقد المبرم بين المهندس المعماري ورب العمل يختلف بل يتعارض مع العقد المبرم بين المقاول وذات رب العمل[2]، وهو يخضع لقواعد خاصة، سواء تعلق الأمر بإبرامه أو تنفيذه[3].

ولفظة مهندس معماري[4]هي ترجمة للكلمة الفرنسية Architecte، وتعني هذه الكلمة عند اليونانيين Tecton-Arctros، ويقصد بها رئيس العمال أو المستخدمين[5]، ومعناها اليوم " المعني المكلف والمؤهل بتصور إنجاز المباني على اختلاف أصنافها، وتزيينها وإدارة تنفيذها[6]، وهو نفس المعنى الذي أعطاه لها قانون الواجبات المهنية الفرنسي بقوله:" المهني الذي يعهد إليه بوضع التصميــــم والرسوم والنــــــــماذج، لإقامة المنشآت وصيانتها وتزيينها والإشراف على حسن تنفيذها "[7]، ولأجل ذلك يفترض في الشخص لكي يضطلع بهذه المهمة أن يكون لديه زادا ذهنيا[8].

والمهندس المعماري حينما يقـــوم بوضــــــع التصميــــــم يعد فنانا، أما وهو يقـــــــوم بالرقابة علـــــــى

1- راجع المادة 29 فقرة 11 من نفس المرسوم الرئاسي رقم: 15- 247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المذكور آنفا.

2- Liet-vaeux(G), op.cit., p. 207.

3- راجع المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

4- إن أول وثيقة استعملت كلمة مهندس معماري يظهر أنها كشف حساب تم لـ Philibert Delorme بمناسبة إنجاز قبر فرانسوا الأول، عام 1549. راجع: Liet-Veaux (G), op.cit., p. 163

5- Bellahcene Anissa, La responsabilité civile des architectes et des entrepreneurs, Mémoire pour le diplôme d'étude supérieurs de droit privé, Université d'Alger, 1977, p. 17.

6-Mémoireonline.com/04/10/3378/m_Dc-la-responsabilite-des-architectes-et-entrepreneurs-dans-la-construction-en-droit- Consulté le : 20/11/2016.

7- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية (أنواع المسؤولية، جرائم البناء، تعيب المباني، التصدع والانهيار، الحوادث أثناء وبعد التشييد) ، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص89.

8-Mémoireonline.com/04/10/3378/m_Dc-la-responsabilite-des-architectes-et-entrepreneurs-dans-la-construction-en-droit-

حسن تنفيذه، فهو تقني[1]، أي أنه، وفي نفس الوقت، فنان وتقني[2]، واجتماع هاتين الصفتين في المهندس المعماري نلمسه من خلال تعريف المشرع للمسابقة في المادة 47 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور آنفا، " بأنها إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب **تقنية** أو اقتصادية أو **جمالية** أو **فنية** خاصة..".

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، أن العديد من المؤلفين عرفوا المهندس المعماري بأنه: " هو من يعرف فن البناء " « Qui sait l'art de bâtir »، غير أن هذا التعريف ينطبق على المهندس المعماري، كما ينطبق على المقاول[3].

ومن التعريفات التي قدمها الفقه لكلمة مهندس معماري، و إن كانت في مجملها تتفق حول نفس المفهوم، نورد ما يلي:

عرفه عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه: " هو الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه، ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه"[4].

وعرفه محمد لبيب شنب، بأنه " الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى، والإشراف على تنفيذها بواسطة

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 89. راجع أيضا:
Saint-Alary(R), op.cit., p. 106

2- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 34.

3- Liet-Veaux (G), op.cit., p. 166.

4- الوسيط في شرح القانون المدني: العقود الواردة على العمل(المقاولة الوكالة، الوديعة، الحراسة)، مرجع سابق، ص 109.

مقاول البناء"[1].

وتطلق لفظة مهندس معماري حسب قاموس الأكاديمية الفرنسية على الفنان الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وفي تحـــــــــديد أبعاد هذه المنشآت والإشراف على تنفيذها، تحت مسؤوليته[2].

يتضح مما سبق، أن المهندس المعماري هو المهني الذي يكلف عادة من طرف رب العمل بتصور البناء والإشراف على عملية إنجازه.

ولما كان خلو المباني المنجزة من العيوب متوقف في الغالب على تنفيذ هاتين المهمتين[3] تنفيذا حسنا، فقد كرس المشرع في هذا الصدد عدة مبادئ جوهرية، يجب العمل على تفعيلها ميدانيا، نظرا لأهميتها في الوقاية من النقائص في إنجاز مشاريع البناء، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

1- شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 157.
2- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 33.
3- أي تصور البناء ومتابعة إنجازه.

الفرع الثالث: خضوع مهنة المهندس المعماري لبعض الضوابط:

إن هذه الضوابط أصبحت اليوم بمثابة الإطار القانوني لممارسة مهنة المهندس المعماري وهي: مبـــدأ وحدانيــــــــــــة صفة صاحب العمل، ومبــــــــــدأ عدم الجــــــــمع بين مهنــــة المهندس المعماري وممارسة بعض المهن ذات الصــلة بالبناء، بالإضـافة إلـى مبدأ التدخـل الإلزامي للمهندس المعمـاري في مشاريع البناء، وإن كان هذا المبدأ الأخير يتصل أكثر بحق البناء.

وعليــــه، لا يجــوز ممارسـة مهنـــــــــة المهندس المعماري إلا من طرف شخص مؤهـــــــــل علميـــــــا ومهنيا(**أولا**)، كما لا يجوز للمهندس المعماري نفسه الجمع بين مهنته وبعض المهن الأخرى المتعارضة معها(**ثانيا**). وأخيرا، يجب على كل من يرغب في إنجاز بناية أن يستعين بخدمات مهندس معماري معتمد(**ثالثا**).

أولا: مبدأ وحدانية صفة صاحب العمل: L'unicité du maitre d'œuvre

يكون صاحب العمل في الغالب مهندسا معماريا[1]، يتولـــــــــى القيــــــام بمهام الاستشارة الفنيـــــــــــة، وتتمثل في تصور البناء ومتابعة تنفيذه[2].

ونظرا للأهمية البالغة لهذه الوظيفة، اشترط المشرع فــــــــي من يمارسها أن تتوافر فيـــــه الشروط والمؤهلات المهنية، والكفاءات التقنية، والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء[3].

وهكذا، فإن المهندس المعماري هو الشخص المؤهل من الناحية القانونية والفنية للقيام بمهام الاستشارة الفنيـــــــة فـــــــي مجــــــــال البنــــــــاء، وهذا ما نصت عليــــــــه صراحـة المــــــــادة الأولى من القرار

1- تنص المادة 3 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا، على أنه: " يمكن أن يكون المستشار الفني على الخصوص مهندسا معماريا أو مكتب دراسات متخصص أو متعدد الاختصاصات معتمد طبقا للتشريع الجاري به".

2- تنص المادة 2 من نفس القرار، على أنه: " تعد الاستشارة الفنية بمفهوم هذا القرار وظيفة شاملة لمهام التصميم و الدراسات، والمساعدة، ومتابعة مراقبة انجاز البناء".

3- راجع المادة 3 فقرة أولى من نفس القرار، وراجع أيضا المادة 13 والمادة 22 منه.

المؤرخ في: 15 ماي 1988 الذي يحدد كيفيات ممارسة تنفيذ أشغال البناء، والمادة 55 من قانون: 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير سابقي الذكر، وإن كانت المادة الأخيرة تنص صراحة على مبدأ لزوم تدخل المهندس المعماري في إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء.

هذا وقد حدد المشرع على سبيل الحصر قائمة الأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء[1] الخاضعة لرخصة البناء بالقرار الوزاري المؤرخ في: 5 ماي 1995[2]، ويتمثل هؤلاء الأشخاص حسب المادة الأولى من هذا القرار، في الأشخاص الطبيعيين المعتمدين من طرف الوزارة المكلفة بالهندسة المعمارية، الشركات المدنية المهنية المكونة من مهندسين معماريين معتمدين أو أكثر، مكاتب الدراسات العمومية التي تملك بصفة نظامية صلاحيات في مجال الهندسة المعمارية والموظفة لديها مهندسين معماريين، وتضيف المادة الثانية من نفس القرار، مكاتب الدراسات التقنية الخاصة المعتمدة من طرف الوزارة المكلفة بالبناء، شريطة أن تكون مشاريع البناء موضوعة ومؤشر عليها من طرف مهندسين معماريين معتمدين مشغلين لديها بصفة دائمة.

إذن، فالمهندس المعماري هو صاحب الصفة، نظرا لما يمتلكه من خبرة ومعرفة فنية للاضطلاع بواجب تقديم الاستشارة والنصائح المعمارية لعميله[3]، وهذا ما يبرر في الواقع

احتكـــــــــــار المهندس المعماري لمهام اعـــــــدد الرسومـــــــــات التشييدية، والمواصفات الفنيـــــــــة للبنـــــــــاء وبالتالـــــــــي، يمتنـــــــع لجـــــــوء الدائن أي العميل إلى غير المهندس المعماري لأجل وضع الرسومات

1- لقد أصبحت مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء يشارك في إعدادها إلى جانب مهندس معماري معتمد مهندس مدني معتـــــــمد أيضا، وهذا بموجـــــــــــب المـــــــــادة 55 من قانـــــون رقـــــــم: 04-05، يعـــــدل ويتمم قانـــــــــون 90-29، يتعلق بالتهيئـــــــة والتعمير، مذكور آنفا.

2- يتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء، ج.ر، عدد 59، ص 1588.

3- أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد(دراسة قضائية وفقهية مقارنة بين القانون الفرنســـــي والبلجيكي و المصري)، طبعة أولى، دار النهضة العربية، 1997، ص 25.

التشييدية والمواصفات الفنية للبناء، طالما أنه رجل الفن المعماري المرخص له مهنيا بممارسة المهنة[1].

ويؤكد الواقع المعاش أن مهنة المهندس المعماري باتت اليوم عرضة للاعتداء من طرف أشخاص لا يملكون أدنى المعارف الفنية والعلمية التي يفترض أن تتوافر فيمن يزاول هذه المهنة، وقـــــد زاد من تعرض هذه المهنـــــــة للاعتـــــــداء، اقتـــــــراح بعض المدارس الخاصة المعتمدة من طرف الدولة تكوينا في الهندسة المعمارية بالمراسلة[2]، فضلا استحداث تخصص الهندسة المعمارية في بعض معاهد ومراكز التكوين المهني، التـــــــــــــــي أصبحت تعد تقنيين سامين فـــــــــــي هذا التخصص، وبذلك أصبـــــــح هؤلاء يزاولون إلى جانب المهندسين المعماريين مهاما ليست من اختصاصهم[3]، وقد أدى هذا التدخل (الانتحال) إلى تراجع تطور مهنة الهندسة المعمارية وعدم مواكبتها للتطور العلمي والتقني الحاصل

في مجال الفن المعماري بصفة عامة، خاصة وأن النهوض بقطاع البناء والأشغال فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي بلادنا يتطلب من السلطات المعنية الاهتمام بهذا الحـ ـقل المهنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي، وذلك برد الاعتبار للمهندسين المعماريين فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي المقام الأول، ومن ثم الدفع بالمهنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة إلى الأمام، ولعل هذا لن يتأتى إلا من خلال تكريس مبدأ الاحتكار القانوني للمهنة ليس من الناحية النظرية فقط، بل ومن الناحية العملية أيضا.

ثانيا- مبدأ عدم الجمع بين مهنة المهندس المعماري و بعض المهن الأخرى:

لقد ارتبط ظهور هذا المبدأ الجوهري وتبلور مفهومه مع التطور التاريخي الذي مرت به مهنة المهندس المعماري التـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي لم يكتمل مفهومها إلا بعد تطور طويل، إذ كان هناك فـ ـ ـ ـي بادئ

- -

- -

1- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 25. راجع أيضا في ضرورة اللجوء إلى مهني معين للحصول على الخدمة الفنية، أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 26.

2- Boudemagh (Née Sassi) Souad, Evolution de la profession d'architecte : pour une légitimation de l'expertise, Mémoire de Magister (Option : Urbanisme), Département d'architecture et d'urbanisme, Université de Mentouri-Constantine, 2005-2006, p. 11.

3- Boudemagh(S), Ibid., p.

الأمر جمـ ـ ـ ـ ـ ـع بين مهنتـ ـ ـي المقاول والمهندس المعماري، فكان المقاول يقوم وفـ ـ ـ ـ ـي نفس الوقت بالتنفيـ ـ ـ ـ ـ ـذ والرقابة على الأعمال.

وقد كان من نتائج هذا الجمـ ـ ـ ـ ـ ـع أو الخلط بين الوظيفتين، انعـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـدام رقابة متبادلة بيـ ـ ـ ـ ـ ـن المقاول والمهندس المعماري، مما أثر ذلك سلبا على جودة الأعمال المنفذة[1]، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يقر على غرار

نظيره الفرنسي مبدأ عدم الجـمع بين مهنة المهندس المعماري ومهنة المقاول[2]، بسبب عدم وجود تجانس بين المهنتين[3].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فقد منع الجمع بين نشاط المقاول ونشاط المهندس المعماري بالمادة 3 من قانون 31 ديسمبر 1940، المتعلق بمدونة أخلاقيات المهنة، حيث حظر على المقاول غير الحاصل على الشهادة ممارسة مهنة المهندس المعماري، وعلى العكس لا يجب أن يكون المهندس المعماري مقاولا، صانعا، أو موردا لمواد البناء [4].

وتجدر الملاحظة أن مثل هذا الوضع أي الجمع بين المهنتين كان سائدا في بلادنا في مرحلة سابقة أي قبـــــــــــــــــل إصلاحات إعادة هيكلة الاقتصاد الوطنـــــــــــــــــي عام 1979، حيـــــــــــــــث أنه وبالرجوع إلى القوانين التأسيسية للعديد من المؤسسات الاشتراكية التي كانت تعمل في مجال البناء، نجد أنها كانت تقوم آنذاك بمهمة مزدوجة، تتمثل في إعداد الدراسة والتنفيذ معا[5]، غير أنه تم الفصل في مرحلة لاحقة بين المهنتين، حيث أصبحت مهمة إدارة الأعمال تسند للمهندس المعماري، أما مهمة التنفيـــــــــــــــذ، فتعهد للمقاول[6]، وهذا التـــــــــــطور الإيجابـــــــــــــــي تم تعزيـــــــــــــزه

1- En ce sens, Zahi (A), op.cit., p. 592.

2- راجع المادة 22 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

3- Bellahcene (A), op.cit., p. 17.

4- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : contrats spéciaux, op.cit., p. 567.

5- Zahi (A), op.cit., p. 592.

6- Ibid., p.592.

بموجب المرسوم رقم: 85-269 المؤرخ في: 15 نوفمبر1985 الذي كرس مبدأ الفصل بين الوظائف، وجاء بمبدأ آخر، هو مبدأ وحدانية صفة صاحب العمل[1] المشار إليه آنفا.

ورغم المنع المذكور، تجيز المادة 13 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء المذكور آنفا، للمقاول أن يقوم بإعداد دراسة للمشروع بواسطة مكتب دراسات سواء كان تابعا له أو متعاقدا معه، ولكن يجب في هذه الحالة إسناد مهمة إدارة الأعمال إلى مهندس معماري أو مكتب دراسات مستـقل وهذا لضمان حسن تنفيذ المشروع.

ويحدث باستمرار أن يحتفظ رب العمل لنفسه بدور المقاول المكلف بالبناء، وفي هذه الحالة تسند مهمة التصور للمهندس المعماري، لكن لا يمكن أن تسند إليه إدارة ورقابة الورشة، فضلا عن مراقبة الأشغال، لأن هذه المهمة الأخيرة من مهام صاحب العمـل تمـــــــارس عادة لصالح رب العمل وضد المقاول[2]، لذلك فهو المسؤول عن عدم مطابقة الإنجاز للدراسة[3].

وما يؤكد إمكانية تعاقد المقاول مع مهندس معماري لإجراء دراسة للمشروع، هو ما جاء بالمادة 10 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري المذكور سابقا، التي تنص على أنه: " يجب أن تكون العلاقات بين صاحب المشروع أو صاحــــب المشروع المنتـــــدب(المقاول) وصاحب العمل منظمة وفق عقد يبرم حسب الأشكال القانونية المطلوبة "، غير أنه يجب أن يقتصر ذلك على إعداد الدراسة فقط[4].

1- Zahi (A), op.cit., p. 593, note (7).

2- Liet-Veaux (G), J.-Classeur- Construction, Fasc.202, 1988, n 54, p.8.- Voir aussi en ce sens :

المادة 21 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل و المتمم، المذكور آنفا.

3- راجع المادة 21 فقرة 2 من نفس القرار الوزاري المشترك.

4- راجع المادة 13 من نفس القرار الوزاري المشترك.

وقد تم النص كذلك على إمكانية الجمع بين الدراسة والإنجاز بالمرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور آنفا، في المادة 35 فقرة 1 و 3 منه، إذ أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة بصفة استثنائية أن تعهد صفقة دراسة وإنجاز الأشغال إلى متعامل واحد.

ورغم أن المشرع في القانون المدني قد أخضع كلا من المهندس المعماري والمقاول لمسؤولية موحدة[1]، إلا أنه ومن خلال استقراء بعض نصوصه المتعلقة بعقد المقاولة، يتضح أنه ميز بين مهنة كل منهما، وفي هذا الصدد نصت المادة 555 من القانون المدني على أنه: " إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم"، كما نصت المادة 563 فقرة أولى من نفس القانون، على أنه: " يستحـــــــق المهندس المعماري أجـــــــــــــــرا مستقلا عن وضـــــــــــع التصميـــــــــم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال".

ونؤكد مرة أخرى، على تكريس المشرع لمبدأ الفصل بين المهنتين بالمادة 22 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بممارسة مهنة المهندس المعماري، وبالتالي يجب على المهندس المعماري تطبيقا لهذا النص ألا يمارس مهنة تتعارض مع مهنته سواء كأجير أو متعامل في الترقية الصناعية أو ممون بمواد ولوازم البناء، ولعل هدف المشرع من ذلك هو حفظ كرامة المهندس المعماري والرقي بالمهنة نحو التطور والازدهار.

ثالثا: مبدأ التدخل الإلزامي للمهندس المعماري:

في البداية يجب أن نشير إلى أن هذا الالتزام لا يفرض على المهندس المعماري، بل يفرض على رب العمل طالب الخدمة الفنية بأن يلجـأ بشأنها إلى مهندس معماري معتمد، إذ لا يتـ ـ ـ ـ ـ دخل

- -

- -

1- راجع المادة 554 وما بعدها من ق.م.

هذا الأخير لآداء الخدمة الهندسية، و هي في الغالب مهمة وضع التصاميم، من تلقاء نفسه.

وعلى ذلك، فإن تدخل المهندس المعماري يكون إلزاميا حينما يرغب شخص في تشييد بناية أو جزء من بناية، فلم يعد حق البناء droit a batir حقا مطلقا، بل أصبح استعماله يخضع لرخصة إدارية تسمى رخصة البناء Permis de construire [1]، ومنح هذه الرخصة يتوقف على تقديم رسم هندسي للبناء المزمع إنجازه ضمن ملف طلب الرخصة، والذي يشترط فيه أن يكون حاملا تأشيرة مهندس معماري معتمد[2].

ويرتبط حق البناء كذلك بملكية الأرض[3]، فهو أحد أوجه استعمالها.

ورخصة البناء هي عبارة عن ترخيص يشترط لتشييد أو إنجـ ـ ـ ـ ـاز أي بناء مهما كان نوعـ ـه[4] وهي لا تضمن مطابقة البناء للمقاييس التقنية[5]، لذلك يجب على الجهة المختصة تسليم شهادة المطابقة لمالك البناية(صاحب المشروع)عند تمام إنجاز الأشغال[6].

وهكذا، فإن تدخل المهندس المعماري فـ ـ ـ ـي عملية البناء يعتبر إلزاميا[7]، إذ لا يمكـ ـ ـ ـ ـ ـن البـ ـ ـ ـ ـ ـ دء

- -

- -

1- هي وثيقة إدارية تمنح بموجب قرار من الجهة الإدارية المؤهلة قانونا، أي تبعا لمكان المشروع المراد إقامته. راجع المادة 50 والمواد من 52 إلى المادة 56 من قانون رقم: 90- 29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم بقانون رقم: 04-05 مذكور آنفا.

2- راجع المادة 55 من قانون رقم: 04-05 يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 آنف ذكره. وراجع خاصة المادة 76 من قانون 90-29 المضافة بقانون: 04-05 التـــــــــــــــــــي تمنـــــــــــــــع " الشروع في أشغال البنـاء بدون رخصـــــــــــــــــة أو إنجازها دون احترام المخططات البيانية (التصاميم) التي سمحت بالحصول على رخصة البناء".

3- راجع المادة 50 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير.

4- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2002، ص 91.

5- نفس المرجع، ص 94.

6- راجع المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم: 91-176 المؤرخ في: 28 ماي 1991، يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليـم ذلك، المعـــــــــدل والمتمم بالرسوم التنفيذي رقم: 09-307، المؤرخ في: 22 سبتمبر 2009، ج.ر، عدد 55، ص 4.

7- إن التدخل الإلزامي للمهندس المعماري يكون قاصرا على تصور المنشأة، لكن يكون دائما ممكنا إسناد لرجل الفن مهاما جد ممتدة لاسيما إدارة ورقابة الأشغال. راجع: Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 67.

أو الشروع في انجاز مشروع تشييد بناية أو جزء من بناية إلا بعد حصول المعني على الرخصة لمباشرة هذا الإنجاز، وهذه الأخيرة لا يمكن منحها من الجهة الإدارية المختصة إذا لم يكن ملف طلب الرخصة مشتملا على تصميم معد من طرف مهندس معماري معتمد.

والجدير بالذكر هنا، أنه لا يجوز للمهندس المعماري إذا كان تابعا للمقاول المكلف بالإنجاز أن يضطلع سوى بمهمة تصور المشروع دون مهمة متابعة ومراقبة تنفيذ الأعمال [1].

ويستثنى من إلزامية تدخل المهندس المعماري بعض أعمال البناء التي لا يستلزم القانون لإنجازها، نظرا إلى حجمها، الحصول على رخصة البناء، وهذا ما كانت تنص عليه المادة 55 فقرة 2 من قانون 90-29 يتعلق بالتهيئة والتعمير قبل تعديلها[2].

ولكن عدم لزوم رخصة البناء لإنجاز بعض الأعمال يرجع لكونها مجرد أشغال بسيطة كأعمال الصيانة البسيطة مثلا، أو لاعتبارات تتعلق عموما بالأمن الوطني، كالبنايات التابعة لجهات معينة في الدولة مثل وزارة الدفاع الوطني[3].

ولعل القصد من تقرير مبدأ التدخل الإلزامي للمهندس المعماري في إعداد مشاريع إنجاز المباني هو القضاء على ظاهرة سوء التنفيذ، وما يترتب عليها من نقائص وعيوب في المباني المنجزة، وذلك بسبب عدم مراعاة الأصول الفنية أو عدم احترام القوانين والنصوص التنظيمية للبناء.

ومع ذلك، أصبح اللجوء إلى مهندس معماري معتمد لإعداد التصاميم مجرد مسلك ضروري فرضه إجراء إداري، إنها رخصة البناء، فكثيرا ما يستعين ذاك الذي يريد تشييد منزل

1- راجع المادة 13 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

2- " غير أن اللجوء إلى المهندس المعماري ليس إلزاميا بالنسبة لمشاريع البناء قليلة الأهمية..". وقد تم إلغاء هذا الاستثناء بموجب قانون رقم: 04-05 يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29، مذكور آنفا.

3- راجع المادة 53 من قانون رقم: 90-29 يتعلق بالتهيئة والتعمير.

في وضع تصاميمه برسام، ولا يلجأ إلى مهندس معماري إلا للحصول على الرخصة التنظيمية فشاع بين الجزائريين بأن خدمات المهندس المعماري باهظة جدا، وليست مهمة على الإطلاق ولا ضرورية[1].

المطلب الثاني:

الطبيعة القانونية لعقد الهندسة المعمارية

لم يتفق الفقه الفرنسي على طبيعة العقد المبرم بين المهندس المعماري ورب العمل، وظل الخلاف حول هذه المسألة قائما لفترة طويلة[2]، وفي هذا الصدد انقسم الرأي إلى

اتجاهين الأول اعتبر العقد الذي يربط المهندس المعماري برب العمل عقد وكالة، وخاصة فيما يتعلق بدوره في إدارة الأعمال أو استلام البناء**(فرع أول)**، أما الاتجاه الثاني، وهو الرأي الراجح، فقد اعتبر العقد المبرم مع المهندس المعماري عقد مقاولة **(فرع ثان)**.

الفرع الأول: العقد المبرم مع المهندس المعماري هو عقد وكالة:

مما لا شك فيه، أن دور المهندس المعماري لا يقتصر على وضع التصاميم والإشراف على التنفيذ، بل يمتد دوره أيضا إلى القيام بالجانب المالي والإداري للمشروع، كمراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها[3].

وتندرج مهمـــــة عرض اقتراحـــــات التسديد ضمن المهام التـــــــــي تشملها الاستشارة الفنيـــــــــــة[4] وتتمثل هذه المهمـــــة فيـــــــــــما يلـــــــــــي: " عرض وضعيات الأشغال علـــــى أساس الوثائـــــــــق التعاقديـــــــــة

1- Boudemagh (Née Sassi) Souad, op.cit, p. 12.

2- Saint-Alary (R), op.cit., p. 110.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 89.

4- راجع المادة 5 مقطع 6، وراجع على الخصوص المادة 11 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل و المتمم، المذكور آنفا.

وجـــداول التسديدات، والمصادقة على التوقيـــــــــع بعد تأشيـــــــــرة المقاول، وتقديمها إلى رب العمـــــــل بغرض الدفـــــــــع الأكمل وغيرها.

إن قيام المهندس المعماري بمثل هذه المهام بدلا من رب العمل[1] أدى بجانب من الفقه إلى إضفاء وصف الوكالة على العلاقة التي تربط بينهما.

والوكالة حسب الفقه هي عقد بمقتضاه يكلّف أحـد الطرفيـن من قبل الطرف الآخر للقيام لحسابه بتصرف قانوني أي بتمثيله(2).

ويرى جانب من الفقه في هذا الصدد أنه يمكن للشخص أن يتصرف تارة بصفته مقاولا وتارة أخرى بصفته وكيلا(3)، وهذا هو حال المهندس المعماري، فهو مقاول فحسب عندما يضع التصاميم ويعد المقايسات، ويراقب تنفيذ الأشغال، أو عندما يقترح على عميله وقف المستحقات (الأجور) عند رقم معين، ويصبح وكيلا إذا أوقف ذلك بنفسه، وسوى الأجور لحساب عميلـــه(4).

كما يمثل المهندس المعماري عميله أيضا عند استلام هذا الأخير للأعمال، حيث يتحرى جودة هذه الأعمال وخلوها من العيوب لحساب عميله.

والحقيقة هي أن قيام المهندس المعماري ببعض المهام التي هي في حقيقة الأمر من صلاحيات رب العمل ليس من شأنه إزالة الوصف القانوني عن العقد الذي يرتبط به معه كتمثيله لرب العمـــــــل لدى مختلف الهيئـــــــات والإدارات العموميـــــــــــــــة(5) للحصـــــــــول علـــى الوثائـــــــــق

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 21.

2- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p.542.

3- Ibid, p.543.

4- Ibid., p. 543.

5- طبقا للمادة 19 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المذكور سابقا، " يساعد صاحب العمل رب العمل في مساعيه لدى مختلف المصالح والهيئات العمومية للحصول على المعطيات والمعلومات الضرورية لإنجاز المهام المخولة له".

والمستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال كرخصة البناء مثلا.

ونظرا للانتقادات التـــــي وجـــــهت للوكالــــــة كأساس للعلاقــة التي تربط بيـــن المهندس المعماري ورب العمل، فقد اتجه الفقه الحديث إلى التمييز بين الطبيعة المادية أو القانونية للعمل المطلوب استكماله، وبالتالي، فإن الاختلاف بين هاذين العقدين يؤخذ إذن من مضمون المهمة المفروضة، فالوكيل في الواقع وسيط يكاف بالقيام بالتصرفات القانونية لحساب عميله أما المقاول خلافا لذاك، فإنه يكلّف فقط بالأعمال المادية أو الفكرية[1].

إن ما يؤديه المهندس المعماري من أعمال لحساب عميله هي مبدئيا أعمالا مادية، فهو إذن مؤجر عمل[2]، وأن اختلاط جانب الفكر بها لا يغير من طبيعتها المادية[3]، أما الوكالة فلا يمكن أن ترد إلا على الأعمال القانونية فقط.

فالتزام المقاول على خلاف الوكيل يتضمن القيام بالتصرفات المادية، و حتى إن كان كلاهما يؤدي مهمة لحساب ولفائدة الآخر (الموكل أو رب العمل)، وهذا ما دفع البعض إلى التساؤل عما إذا كان يمكن اعتبار الوكيل مقاولا بالمعنى الواسع للفظ[4].

وعليه، فإن مفهوم الإنابة لا يمكن تصوره في الواقع إلا في حالة القيام بتصرف قانوني لحساب الغير، ولا يشمل القيام بالأعمال المادية[5].

1- Louisa Igoudjil, Le régime des contrats d'entreprise, Mémoire pour le master Recherche Droit privé des contrats, Université de Versailles Saint- Quentin en YVELINES, Juin 2006, p. 25. Publié sur le site suivant : https://tel.archives.ouvertes.fr/tel-00350449/document

2- Collart Dutilleul(F) et Delebecque(Ph), op.cit., pp. 562, 563.

3- راجع أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني(المقاولة، التزام المرافق العامة، عقد العمل، عقد الوكالة، عقد الوديعة، الحراسة) معلقا على نصوصها بالفقه وأحكام النقض، طبعة أولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003 ص 25.

4- Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile (Obligations, Contrats spéciaux, Suretés), T.2, 11^{e} éd, Dalloz, 2000, p. 534.

5- Capitant (H), Terré (F), Yves (L), Ibid., p. 534.

ولكن قد يتحد كلا العقدين، المقاولة مع الوكالة في إطار عملية مركبة، فاجتماع عقد المقاولة والوكالة يقع باستمرار في نفس الاتفاق، وهذا ما يتفق مع المهندس المعماري، فهو مؤجر عمل بالنسبة لمهامه العادية الأساسية، ويجوز من جهة أخرى أن يكـ ـون مكلفا بالاتفاق بالقيـ ـ ـ ـ ـ ـام باسـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـم ولحساب عميله ببعض التصرفات المحددة، مثل تسوية الحسابات[1]، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ: 21 جانفي1963، مقررة بأن المهندس المعماري يعتبر مؤجر عمل(مقاول)، ما لم يكلف على الأقل من طرف عميله بالقيام بتصرف قانوني باسمه ولحسابه[2].

كما يترتب على اعتبار المهندس المعماري ممثلا لرب العمل أثارا سلبية خاصة فيما يتعلق بتسوية الحسابات، بينما المهندس المعماري مؤجر عمل لا يقدم سوى تعليمات لعميله[3].

وعليه، فالمهندس المعماري مبدئيا ليس وكيلا عن عميله، وإنما هو مستشاره، ولكن لا يمثله[4]، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع المهندس المعماري من أن يقوم ببعض الأعمال القانونية نيابة عن رب العمل، ولكن يبقى هذا مجرد استثناء[5]، وفي هذا المعنى يقول مازو، يمكن للزبون مع ذلك منح وكالة للمهندس المعماري للتعاقد مع المقاولين، فقد أقر المشرع صحة الوكالة، مؤكدا بأن سلطة خاصة تكون ضرورية للمهندس المعماري لأجل القيام بالتسديدات باسم عميله[6]، وعندما يتصرف المهندس المعماري بصفته وكيلا، فإنه يخضع للالتزامات الناتجة عن الوكالة، وتكون مسؤوليته إذن كمسؤولية الوكيل[7].

1- Capitant (H), Terré (F), Yves (L), op.cit., pp.534, 535.
2- Cass.civ1., 21 janvier 1963, Bull.civ.I, n°41; JCP G. 1963 II, 1318.
3- Liet-veaux(G), op.cit., p. 209.

4- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Contrats spéciaux, op.cit., p.567. Voir aussi, Liet-veaux(G), op.cit., p. 209.

5- Liet-veaux(G), Ibid., p. 209. Voir aussi, Collart Dutilleul(F) et Delebecque(Ph), op.cit., p. 564.

6- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Contrats spéciaux, op.cit., p.567.

7- Ibid., p. 567.

كما أن المهندس المعماري وإن كان يعمل لحساب رب العمل إلا أنه لا يخضع عند القيام بالأعمال المسندة إليه لإشراف رب العمل أو إدارته، أما الوكيـــــــل، فإنه يخضع فـــــــي تنفيذه للوكـــــــالة لتعليمات وتوجيهات موكله وإلا عد متجاوزا حدود الوكالة، وبالتالي يكون المهندس المعماري مقاولا بالمعنى الحرفي للكلمة[1].

ولما كان المقاول خلافا للوكيل لا يمثل رب العمل، فإن هذا الأخيـــــــــر لا يتقيد بتصرفاتـــــــه[2] وبالأحرى لا يلزم بالأوامر التي أصدرها، ولا بالوثائق التي اكتتبها، وبالتالي يظهر المهندس المعماري كمستشار لعميله وليس نائبا عنه[3].

فالمهندس المعماري إذن هو شخص فني ومهني، يؤدي مهامه بشكل مستقل عن رب العمل وكذلك عن غيره من المتدخلين في تنفيذ أشغال البناء[4].

الفرع الثاني: العقد المبرم مع المهندس المعماري هو عقد مقاولة:

وهو الرأي الراجح فقها وقضاء، حيث اتجها إلى اعتبار العقد المبرم مع المهندس المعماري بأنه عقد مقاولة، نظرا لاشتمال العلاقة التـــــي تربطه مـــــع عميله علـــــى جميـــــع عناصر المقاولة[5]، وخاصة ميزة الاستقلالية، فالمهندس المعماري كما أسلفنا القول هو شخص فنـــــــــي ومهني، يؤدي عمله بشكل مستقل عن رب العمل وعن المتدخلين الآخرين في تنفيذ الأشغال[6].

1- Mazeaud(H et L, J), Leçons de droit civil : Contrats spéciaux, op.cit., p. 543.

2- Igoudjil(L), op.cit., pp. 24, 25; Cass.civ1., 19 février 1968, Gaz. Pal. 1968, 2, 114.

3- Liet-veaux(G), op.cit., p . 209.

4- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري: البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني(دراسة تطبيقية في ضوء الفقه والقضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين)، طبعة أولى، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 2001، ص 56.

5- إن خاصية أو ميزة التبعية التي تتسم بها العلاقة التي تربط بين العامل ورب العمل لا تتوافر في العلاقة التي تربط بين المهندس المعماري وعميله.

6- أحمد عبد العال أبو قرين، مرجع سابق، ص 56.

وبذلك، فإن عقد إدارة العمل Contrat de maitrise d'œuvre هو عقد مقاولة على غرار العقد المبرم مع المقاول، وهذا ما نجده في العقود التي تربط العميل بالطبيب، والمدعي بمحاميه، والزبون بالاسكافي، ويقال في العادة بأن" عقد أو عقود المقاولة هي فيلق"[1].

وتتلخص حجج أصحاب هذا الرأي فيما يلي:

- يقوم المهندس المعماري بالمهام المسندة إليه بصفة مستقلة عن رب العمل، فلا يخضع في ذلك لإشراف هذا الأخير أو رقابته، وهذا ما يميز في الحقيقة المقاولة عن عقد العمل وعقد الوكالة، فالعامل يقوم بالعمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهه، أما الوكيل، فيخضع في تنفيذه للوكالة لتعليمات الموكل وأوامره.

- إن عقد المقاولة محله الأعمال المادية دون الأعمال القانونية التي لا يمكن مبدئيا أن يشملها العقد المبرم مع المهندس المعماري، كما أن قيام المهندس المعماري ببعض الأعمال ذات الطابع الذهني لا يزيل عن هذا العقد وصف المقاولة[2].

هذا ويضفي المشرع وصف المقاولة على العقد المبرم مع المهندس المعماري طالما أنه أورد الأحكام المنظمة لمسؤولية المهندس المعماري العشرية التي يمكن أن تنجر عن تدخله في تصميم الأعمال والإشراف على التنفيذ ضمن أحكام عقد المقاولة المنصوص عليها بالمادة 549 وما بعدها من القانون المدني.

ويختلف الأمر بالنسبة للمهندسين المعماريين الموظفين في الهيئات والإدارات العمومية[3] التابعة للدولة عن المهندس المعماري الذي يزاول نشاطه بصفته أجيـــــرا فـــــي مكـــــــــتب للدراســـــــــات

1- Hélène Bernardin, La responsabilité des constructeurs de voirie et réseaux divers (Etat des lieux et perspectives), Thèse de doctorat, Université Nancy 2, 2010, p.39. Publié sur le site suivant : www.theses.fr/2010NAN20019

2- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 25.

3- راجع المادة الأولى نطة 2 من قرار مؤرخ في: 5 ماي 1992، يتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء، مذكور آنفا.

التقنية والهندسة المعمارية[1]، حيث يرتبط المهندس المعماري في الحالة الأولى مع الجهة المستخدمة بعلاقة تنظيمية لائحية، بينما يكون تابعا لمكتب الدراسات في الحالة الثانية.

وتجدر الإشارة، أنه في ظل النظام الاقتصادي الاشتراكي للدولة الحارسة بات المهندسون المعماريون يزاولون مهنتهم لثلاثة عقود كموظفين بمكاتب الدراسات العمومية، أو في إحدى الإدارات العمومية المركزية أو المحلية[2]، وهذا يعتبر أحد الأسباب القوية وراء فقدان مهنة الهندسة المعمارية في بلادنا لمصداقيتها[3].

1- يمكن للمهندس المعماري حسب المادة 19 فقرة أولى من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا، أن يمارس مهنته عبر مجموع التراب الوطنـ ـ ـ ـي على أساس فردي أو بصفته شريكا أو أجيرا.

2- Boudemagh (Nee Sassi)Souad, op.cit., p. 9.

3- Ibid, p.156.

المطلب الثالث:

خصوصيات عقد الهندسة المعمارية

لا يمكن أن تتضح معالم هذا العقد جيدا ما لم نحدد خصائصه، فهو وإن كان يندرج ضمن عقود المقاولة إلا أنه يختلف عنها، نظرا لكون الآداءات التي يتعهد بها المهندس المعماري تجاه عميله هي في مجملها ذات طبيعة ذهنية بحتـ ـ ـ ـ ـ ـة، فضلا عن اتسامها بالشمـ ـ ـ ـ ـ ـول والامتداد لاسيما ما يتعلق منها بالتزام المهندس المعماري بإدارة الأعمال والإشراف على تنفيذها، ناهيك عن تعدد تلك الآداءات وتنوعها.

كما أن أغلب المهام المنوطة بالمهندس المعماري في عملية البناء هي ذات طبيعة تقنية وفنية بحتة، إذ تتطلب في الغالب مهارات وخبرات مهنية، وقدرات علمية عالية وجد متطورة لا يمكن أن تتوافر في غيره من محترفي البناء.

إن كل هذه المعطيات جعلت من العقد المبرم مع المهندس المعماري يتسم بذاتية خاصة مقارنة بالعقود المبرمة مع محترفي البناء الآخرين.

وعليـــه، فعقد الهندسة المعمارية يتسم كغيـــــــره من العقـــــــود بخصائص عامـــــــــة**(فرع أول)** وأخرى ذاتية**(فرع ثان)**.

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الهندسة المعمارية:

إن عقـــــد الهنــدسة المعمارية يتميـــــز بكـــــــونه عقـــــــد شكلــــــي**(أولا)**، وأنه عقـــد معاوضــــة**(ثانيـا)** وشخصي**(ثالثا)**، فضلا عن كونه عقد زمني**(رابعا)**.

أولا: إنه عقد شكلي:

يعتبر العقد المبرم مع المهندس المعماري عقدا شكليا، وذلك بحسب المــــادة العاشرة[1] مـن

1- تنص المادة 10 من المرسوم التشريعــي رقم: 94-07 المذكور آنفا، على أنه: " يجــــــــب أن تحــــــــدد العلاقات بيـــــن صاحب

المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتــعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنــــــــة المهندس المعماري، وهذا علـــــــى الأقل بالنسبـة لمشــــاريع البناء التــي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة طرفا في العقود المبرمة لإنجازها.

أما العقد المبــرم مع المهندس المعماري لإنجـــــــــاز مشاريع البنــــاء الخاصة، فيعتبر عقـــدا رضائيـــــــا، ويخضع بالتالي لأحكام المادة 59 و المادة 549 من القانون المدني، أي أنه ينعقد بتبادل بسيط للتراضي دون حاجة إلى إفراغه في شكل رسمي، وتبعا لذلك، يجوز إثباته بجميع الطرق[1].

وبالرجوع إلى المادة 14 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك لسنة 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المذكور آنفا، يتضح بأن عقد الاستشارة الفنية يتم إبرامه وفقا للأحكـــام القانونية المعمول بها ولاسيـــما الأحكـــام التـــــي تنــــظم الصفقات العموميـــــة، ولأحكام هذا القرار، وهذا ما نص عليه المشرع مـــرة أخرى فــــــــــي المادة 15[2] من نفس القرار، وبالتالي فالعقد المبرم مع المهندس المعماري (مكتب الدراسات التقنية والهندسة المعمارية) يعتبر عقدا إداريا بنص القانون[3].

وحسب المادة 16 من القرار الوزاري المذكور، فالتعاقد مع المهندس المعماري يكون عن طريق الاستشارة، وفي هذا السياق، يجب على رب العمل أن يعد برنامجا للعملية المزمع إنجازها، والذي تنطلق على أساسه استشارة المستشارين الفنيين أو استشاراتهم، وهذا حسب المادة 17 فقرة أولى من نفس القرار.

المشروع أو صاحب المشروع المنتدب و صاحب العمل بموجب عقد يبرم حسب الأشكال المطلوبة".

1- Liet-veaux(G), op.cit., p. 207.

2- " إن إبرام عقد الاستشارة الفنية يتم وفق إحدى الطرق المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية الجاري بها العمل".

3- راجع المادة 02 والمادة 20 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا. راجع أيضا في هذا المعنى، محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر 2005، ص 24، هامش رقم: (17).

وتبعا لذلك، يجـــب علــــــى المستشار الفنــــــي المرشــــــح عنـــــــد إعـــداد عرضه أن يتقيد بالمعطيات والضوابط التي قام رب العمل بتحديدها في برنامج العملية[1]، وهي حسب المادة 16 فقرة 2 من نفس القرار، المطابقة للبرنامج، والكلفة، والنوعية، والآجال، والمظهر الجمالي، ومدى تحقق الدراسات،

وهي تقريبا نفس المعايير المعتمدة في اختيار المتعامل المتعاقد في إطار صفقة الأشغال أو الدراسات[2].

وعموما، إن العقد المبرم مع المهندس المعماري[3] لإعداد مشاريع البناء العامة(الدراسات) هو عقد مكتوب[4]، موضوعه تقديم خدمات فكرية[5]، ويخضع إبرامه لأوضاع معينة تم النص عليها في قانون الصفقات العمومية.

ثانيا: إنه عقد معاوضة:

إن عقد الهندسة المعمارية مبدئيا هو عقد بعوض، يأخذ كل طرف فيه مقابلا لما أعطى[6]، فيأخذ المهندس المعماري بمقتضى العقد المبرم مع رب العمل مقابلا للخدمة التي يقدمها له مادية كانت أو ذهنية.

ويستحق المهندس المعماري أجـــــرا عن وضع التصميـــــم وعمـــــــل المقايســـــة، وآخـــــــــــر عن إدارة

1- راجع المادة 17 فقرة 1 و 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

2- راجع المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

3- إن تدخل المهندس المعماري لإعداد مشاريع البناء يكون بناء على عقد يربطه عادة برب العمل. راجع المادة 55 فقرة أولى من قانون رقم: 04-05 يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29، آنف ذكره. وراجع أيضا المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، آنف ذكره.

4- وذلك قياسا على المادة 2 والمادة 20 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

5- راجع المادة 29 فقرة 10 من نفس المرسوم الرئاسي.

6- راجع في تعريف المشرع لعقد المعاوضة، المادة 58 من ق.م.

العمل والرقابة على التنفيذ[1].

ويعتبر الأجر شرطا لازما لانعقاد عقد الهندسة المعمارية على غرار العقد المبرم مع المقاول وإلا اعتبر عقدا غير مسمى[2]، أما تعيينه، فلا يؤثر في صحته، بل ولا يشترط على خلاف عقد البيع أن يكون قابلا للتعيين[3].

وبالأحرى، إن عدم تحديد الأجر لا يبطل المقاولة أي أنه لا يمنع انعقادها، لأن المشرع قد تكفل بتحديده[4]، وذلك بالاعتماد على قيمة العمل ونفقاته[5].

وبشكل عام، الاتفاق على تحديد الثمن كما جرى عليه القضاء لا يكون ضروريا عند إبرام أي عقد ما لم توجد أحكام قانونية أو تنظيمية خاصة[6]، وهذا الحل طبقه القضاء تلقائيا على عقد إيجار العمل والصناعة[7]، وفي غياب اتفاق جازم ونهائي للأطراف على مبلغ الأتعاب المستحق للمقاول، رخصت محكمة النقض الفرنسية للقاضي أن يقوم بتحديده بنفسه بالاعتماد على عناصر القضية[8].

لكن، لا تستبعد التزامات المهندس المعماري لمجرد أنه وافق على مساعدته لرب العمل بشكل مجانـــــي[9]، ولا يؤثر الطابع المجانـــــــــــــــي للخـــــدمات المقدمة من طرف المهندس المعمـــــاري

1- راجع المادة 563 من ق.م.

2- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 77.

ويعتبره Mazeaud عقد خدمات مجانية . راجع: Lecons de droit civil : Contrats spéciaux, op.cit., p. 552

3- Mazeaud (H et L, J), Ibid., p.553.

4- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ص 78، 79.

5- تنص المادة 562 مدني، على أنه:" إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول".

6- Alain Sériaux, Droit civil : Contrats civils, 1e éd, P.U.F, Paris 2001, p. 289.

7- Civ1., 20 février 1996, Bull. civ. I, n 91 ; Civ1., 28 novembre 2000 cités par: Alain(S), Ibid., p. 289, note(4).

8- Civ1., 5 juin 1973, Bull. civ.I, n 202; 4 octobre 1989, Bull.civ.I, n 301; 24 novembre 1993, Bull.civ.I, n 339, RTDC., 1994. 631cités par: Alain(S), op.cit., p. 289, note(5).

9- Liet-Veaux(G), Juris-classeur, Construction, Fasc.202, 1984, n 6, p.3.

على مسؤوليته التي تبقى كاملة[1]، إذ تقوم المسؤولية المدنية للمهندسين المعماريين والمقاولين وباقي الفنيين للبناء إذا ما ارتكبوا بعض الخطأ في تنفيذ العقد حتى ولو كان تدخلهم مجانيا[2].

فتقديم دراسة مجانية مثلا من طرف مهندس معماري لا ينفي وجود العقد، وتبعا لذلك، يلزم هذا المهندس كما لو كان العقد قد أبرم بمقابل، ويتحمل مسؤولية تعاقدية مخففة[3].

وتجدر الإشارة في الأخير، أن المهندس المعماري ملزم بتقديم مساعدته لكل شخص دون أي مقابل، بنـــــــــــاء على طلب صريـــــــــح من مجلس النقابة المحلـــــــــي، وذلك حينما تقـــــــــرر الدولة أو الجماعات المحليـــــــة القيام بعمليات ذات منفعة عامة للقضـــــــــاء على السكن غيـــــــــــر اللائق أو تجديد الأحياء غير الملائمة[4].

ثالثا: إنه عقد شخصي:

يعتبر عقد الهندسة المعمارية على غرار العقود المبرمة مع المهنيين من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، لذلك ينبغي على المهندس المعماري ألا يفوض غيره للقيام بالأعمال المسندة إليه، وهذا ما لم يحصل على إذن صريح من رب العمل بذلك[5]، فضلا عن تحديد المهام التي يجوز له مقاولتها من الباطن في عقد الاستشارة الفنيـــــة من جهة، وعدم قدرته علـــــى

1- Versailles, 22 déc.1982 cité par : Rev.Dr.Immob. 5(4), Oct.-déc.1983, p. 453.

2- Civ3., 20 juin 1972 ; Bull., III, n 405 cité par : Philippe Le tourneau, La responsabilité civile, 3e éd, Dalloz, Paris, 1982, p. 471.

3- Daniel Mainguy, Contrats spéciaux, 3e éd, Dalloz, 2002, p. 370.

4- راجع المادة 24 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

5- راجع المادة 24 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المذكور آنفا، التي تشترط في المستشارين الفنيين الذين يراد تكليفهم من الباطن (فرعيا) بإنجاز المهام التي لا يمكن للمستشار الفني القيام بها، أن يكونوا معتمدين من رب العمل، أي أن يوافق عليهم مسبقا.

مباشرتها من جهة أخرى، وذلك تحت ضمانه ومسؤوليته[1].

فالتـــــعاقد من الباطن على عمـــــــل من الأعمال المسندة للمهندس المعماري غيــــر جائز قانونا، وذلك لما لمؤهلاته الشخصية والمهنية من أهمية خاصة عند التعاقد، وهذا ما يمكن استخلاصه من خلال مقتضيات المادة 564 فقرة أولى من القانون المدني.

وما يؤكد هذه الخاصية هو كون الاستشارة الفنية في ميدان البناء عقدا شاملا[2] لمهام التصميم والدراسات، والمساعدة والمتابعة والمراقبة[3]. ويمارس المستشار الفني هذه المهام تحت مسؤوليته الكاملة، وفي إطار الالتزامات التعاقدية التي تربطه برب العمل[4].

ولكن، يجوز لرب العمل أن يتعاقد بصفة استثنائية بشأن بعض من المهام المكونة لعقد الاستشارة الفنية، وذلك في حالة الضرورة أي حينما تقتضي العملية المزمع القيام بها ذلك، إما بسبب طبيعتها أو صعوبتها[5].

وإذا كان لا يمكن لرب العمل التعاقد على جزء من المهام المكونة للاستشارة الفنية إلا بصفة استثنائية، فكيف يمكن للمستشار الفني أن يقاول من الباطن على بعضها دون موافقة مسبقة من رب العمل.

ومن النصوص التي تؤكد صراحة الطابع الشخصي للعقد المبرم مع المهندس المعماري نورد ما جاء بالمادة 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور

سابقا التي وصفت المستشار الفنـــــي بأنه: " شخص طبيعي أو معنوي تتوافر فيـــــه الشروط والمؤهلات

1- راجع المادة 24 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

2- راجع المادة 12 فقرة أولى من نفس القرار.

3- راجع المادة 2 فقرة أولى، و المادة 5 فقرة أولى من نفس القرار.

4- راجع المادة 2 فقرة 2 من نفس القرار.

5- راجع المادة 12 فقرة 2 من نفس القرار.

المهنية، والكفاءات التقنية، والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء..".

وهذا النص إن دلّ على شيء فإنما يدل على أهمية العنصر أو الصفة الفنية والمهنية للمهندس المعماري، والتي تعتبر عاملا حاسما بالنسبة لرب العمل عند تقريره التعاقد مع مهندس دون آخر.

رابعا: إنه عقد زمني:

إن عقد الهندسة المعمارية هو عقد زمني مستمر التنفيذ، لأن طبيعة بعض الالتزامات المترتبة عنه يتطلب تنفيذها فترة من الوقت، كالتزامه بإدارة الأعمال والرقابة على تنفيذها، إذ يتحمل المهندس المعماري هذا الالتزام طيلة مدة الإنجاز، وحتى لحظة الاستلام النهائي للمنشأة.

ومع ذلك، فإن بعض الالتزامات الملقاة عليه لا يتطلب تنفيذها عادة وقتا طويلا، مثل إعداد التصاميم وعمل المقايسة.

ويترتب على الصفة الزمنية للعقد المبرم مع المهندس المعماري تحميله إلى جانب المقاول مسؤولية التأخير في إنجاز الأشغال عن الآجال المحددة في الصفقة، وذلك انطلاقا

من كونه منسقا لأعمال مختلف المقاولين المتدخلين، فهو باختصار المنشّط لتنظيم الورشة والمراقب لها(1).

1- راجع المادة 21 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذاك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

الفرع الثاني: الخصائص الذاتية لعقد الهندسة المعمارية:

يتميز عقد الهندسة المعمارية على غرار العقود المبرمة مع المهنيين بخصائص ذاتية وتتمثل على الخصوص في كونه عقد جبري**(أولا)** ومهني**(ثانيا)**، فضلا عن أنه يرد على عمل فني**(ثالثا)**.

أولا: أنه عقد جبري:

يخضع حق البناء في القانون الجزائري لقيد رخصة البناء(1)، والتي لا يمكن لصاحب الأرض أن يحصل عليها إلا إذا استوفى طلبه بعض الشروط، ومنها تقديم تصميم المبنى المراد إنجازه ضمن ملف طلب الرخصة، والذي يشرط فيه أن يكون معد ومؤشر عليه من قبل مهندس معماري معتمد(2)، ومهندس مدني معتمد(3) أيضا.

إن مبدأ التدخل الإلزامي للمهندس المعماري(4) يشمل مختلف مراحل تنفيذ المشروع، أي أنه لا يقتصر على تصور البناء فحسب، بل يشمل تنفيذه أيضا، وهذا على الأقل بالنسبة

لمشاريع البنـــــاء العامــــــة، بيد أنه إذا كان مشروع البنـــــاء المراد إنجـازه لحساب شخص خاص، فإن إلزامية

1- راجع المادة 50 فقرة 2 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم بقانون رقم: 04-05، مذكور آنفا.

2- راجع المادة 55 فقرة أولى من قانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون رقم: 90- 29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، مذكور آنفا.

3- إن تدخل المهندس المدني في إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء أصبح إلزاميا بعد تعديل المادة 55 من قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29، بقانون رقم: 04-05، وهذا التعديل إنما يعبر في الحقيقة عن الإرادة الجادة للدولة في تعزيز سبل الوقاية من النقائص في إنجاز مشاريع البناء.

4- نص القانون الفرنسي على هذا المبدأ في المادة 3 من قانون 1977 الذي ينظم مهنة الهندسة المعمارية، وقبل هذا القانون كان ينص عليه بالمادة 3 من مدونة الواجبات المهنية للمهندسين المعماريين الصادرة سنة 1941، أما المشرع المصري، فقد نص عليه في المادة 5 من قانون رقم: 106 لسنة 1976 بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء المعدل بقانون رقم: 101 لسنة 1996. راجع: عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد: دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 301.

التدخل تلك تقتصر علـى اعداد التصميم دون الرقابة على التنفيذ، وهذا من الناحية العملية[1] على الأقل.

وهذا المبدأ في الواقع هو نتيجة لمبدأ الاحتكار القانوني لمهنة المهندس المعماري الذي يحظر على المعني الذي هو بحاجة إلى خدمة هندسية في مجـــــــال البنـــــاء، أن يلجـــــأ إلـــــى غيـــــــر المهندس المعماري باعتباره صاحب الصفة المؤهل من الناحية المهنية والفنية لإعـداد الدراسة الهندسية، لأجل اقامة مبنى أو منشأة عقارية، إذ لا يجوز قانونا لغيره أن يضطلع بذلك[2].

ففي ظل الاحتكار القانوني لمهنة الهندسة المعمارية، يفرض القانون على الشخص الذي يرغب في الحصول على خدمة فنية في مجال البناء، أن يلجأ إلى من تتوافر له صفة

المهندس المعماري، على اعتبار أن هذه الصفـة لا يمكـــــــــن أن تقـــــــــوم إلا في من يتـــــــــوافر لهم وحدهـــــــم الخبـــــــــرة المهنيـــــــة والمؤهلات الفنية اللازمة، وهذا ما نص عليه صراحة القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور آنفا، في المادة 3 منه.

ولاريب أن هذا الإلزام في مصلحة المستهلك(رب العمل الراغب في البناء)، إذ ليس فيه أي حرمان لحرية الاختيار، كما ذهب البعض من الفقه[3].

هذا وقد فرض القانون من جهة أخرى، على المحتكر لمهنة الهندسة المعمارية (المهندس المعماري) التزاما قانونيا جديدا، وإن كان التزام ثانوي إلا أنه يقوي من التزامه الرئيسي، وهو الالتزام بالنصيحة، كضمان وحماية يكفلها المشرع للدائن الجاهل إزاء المدين الخبير[4].

1- والحقيقة عكس ذلك، لأن المادة 55 من قانون 04-05 الذي يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 لا تتضمن مثل هذا التمييز بين مشاريع البناء العامة والخاصة بخصوص إلزامية تدخل المهندس المعماري.

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 25.

3- نفس المرجع، ص 26.

4- نفس المرجع والصفحة.

ثانيا: أنه عقد مهني:

لعل العقد المبرم مع المهندس المعماري هو عقد مهني[1]، بمعنى أنه يربط بين طرفين أحدهما يملك المعرفـــة الفنيـــــة(الخبـــــرة و التخصص)، والآخـــــــــــــر غيـــــــــــــر فنـــــــــــي، تنقصه الخبـــــــــرة والتخصص في مجال الهندسة المعمارية[2].

إن هذه الميزة للعقد المبرم مع المهندس المعماري على غرار العقود المبرمة مـــــع غيـــــره من المهنيين، جعلت القضاء الفرنسي يرتب على عاتقه التزاما بالإعلام والنصح لصالح رب العمل نظرا لكون هذا الأخير يعد في الغالب شخصا غير متخصص فنيا أي لا يملك الخبرة الكافية في مجال البناء[3].

غير أنه لم يعد اختلاف المراكز المالية (الاقتصادية) بين طرفي العقد خلافا لباقي العقود من مبررات الحماية فـــــــــي هذا المجال، بل إن هناك من يعتبـــــــــــــر المقاول هو الطرف الضعيف ورب العمل هو الجانب القوي في العقد[4].

ولعل هذا التصور يعتبر صحيحا في الحالة التي يظهر فيها رب العمل كمحترف لنشاط البناء فيقوم ببناء المنشآت لأجل بيعها أو تأجيرها[5]، إذ لم تعد العبرة في تحديد الطرف القوي لأجل تقرير الحماية للطرف المتعاقد معه فـــــــــــي مجـــــــــال البنـــــــــاء بالنـــــــــــــظر إلـــــى القدرة الماليـــــــــة والاقتصادية، وإنما بالنظر إلى الهيمنة الفنية والتكوين المهني[6].

1- هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنيـــــــة للمهندس الاستشاري فـــــــي عقـــــــــود الإنشاءات، طبعة أولـــــــى، دار الثـــــقافة للنشـــــــر و التوزيع، عمان- الأردن، 2009، ص 35.

2- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير في العقود المدنية، دار النهضة العربية، ص 178 مشار إليه في: هاشم علي الشهوان نفس المرجع، ص 28، هامش رقم :(1).

3- أحمد عبد العال أبو قرين، مرجع سابق، ص 52.

4- نفس المرجع، ص ص 52، 53.

5- نفس المرجع، ص 53.

6- نفس المرجع والصفحة.

ثالثا: أنه عقد وارد على عمل فني:

إن محـــــل الأداء الرئيسي للعقد المبـــــــــــــرم مع المهندس المعماري هو عبـــــــارة عن أعمال ذهنيـــــــــة وفكرية[1]، تتمثل عموما في إعداد التصاميم والرسوم الهندسية، وإعداد مشاريع إنجازها وهو ما يسمح لرب العمل (العميل) طالب الاستشارة الفنية أن يكون لديه تصورا مسبقا عن المشروع الذي يرغب في إنشائه[2].

ويرى البعض من الفقه أن الالتزام بتقديم المشورة (الالتزام بالتبصير) حول الجوانب المختلفة المتعلقة بعملية البناء، هو التـزام مستقل لا يتحمله المهندس المعماري وإنما يتحمله مهنـــــــــي آخـــــــر، يكون عادة أكثر تخصصا ودراية ببعض المسائل الفنية للبناء من المهندس المعماري ويسمـــــــــــــــى من يأخذ على عاتقه القيام بهذه المهمة المهندس الاستشاري Ingénieur– conseil وتقتصر مهمته على مجرد تقديم المشورة حول مسألة فنية معينة.

ويتمثل دور المستشار باعتباره شخص فني متخصص من الناحية الهندسية في تقديم المساعدة في وضع التصاميم قبل التنفيذ، وحل الصعوبات التي تطرأ أثناء التنفيذ[3] دون أن يمتد دوره إلى التنفيذ المادي للمشروع، وبالتالي، فإن مهمة التنفيـذ تبدأ بقيـــــام المهندس المعماري والمقاول بما انتهى إليه رأي المهندس الاستشاري الفني[4].

وعقد الاستثارة الهندسية يندرج حسب جانب من الفقه المصري ضمن عقود المشورة، محله آداء ذهني في مجال نظم الإنشاءات الهندسية، وهو: " عقد يتعهد بمقتضاه شخص متخصص في نظم الإنشاءات الهندسية لقاء أجر على تقديم أداء ذهنـــــــي لشخص أخر، والذي من شأنـــــــــه

1- هاشم علي الشهوان، مرجع سابق، ص 28.

2- نفس المرجع والصفحة.
3- سمير عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا فــــي مجــــــال الإنشاءات، دون طبعة، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000، ص 5.
4- نفس المرجع والصفحة.

اتخاذ قراره بتنفيذ مشروع إنشائي"[1]. ويعرف هذا العقد لدى الفقه الفرنسي باسم: Contrat d'ingénieur-conseiller

ويلاحظ أن هذا العقد لا يوجد له نظير في القانون الجزائري، غير أن المشرع نظم عقد الاستشارة الفنية في مجال البناء بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور آنفا، وهو في واقع الأمر عبارة عن عقد يضطلع فيه المهندس المعماري أو مكتب الدراسات الهندسية سواء كان عاما أو خاصا بمهمة ثلاثية الأدوار، وتتمثل في تصور إنجاز مشروع البناء ومتابعة تنفيذه، فضلا عن تقديم المساعدة للعميل عند استلام الأشغال، بما يعني أنه إذا اقتصر دور المهندس المعماري أو مكتب الدراسات الهندسية على القيام بأحد الأدوار المذكورة فقط، فإن العقد لا يكون عقد استشارة فنية، وهذا ما يستخلص من خلال أحكام المادة 5 فقرة أولى من نفس القرار.

كما يلتزم المهندس المعماري بإعلام رب العمل وتقديم النصح له حول الجوانب الفنية المتعلقة بعملية البناء، سوا تعلق الأمر بطريقة تنفيــــــذ الأشــــغال أو بنوعية وجـــــــــــــودة المواد المستعملة..الــــــــــخ.

ورغم اتصال هذا الالتزام بالجوانب الفنية لمهنة المهندس المعماري إلا أنه يستقل عن التزامه الأصلي بوضع الرسوم والتصاميم الهندسية لأعمال البناء[2]، فهو التزام تبعي لالتزامه الأصلي بإعداد الرسوم والتصاميم الهندسية لإنجاز المباني والمنشآت العقارية[3].

ويعتبر التزام المهندس المعماري بإدارة الأعمال والرقابة على حسن تنفيذها ذي طابع فني فإدارته لأشغال البناء والرقابة عليها تكون من الناحية الفنية، وفــــي هذا السياق

يقرر جانب من الفقه أنه في عقد المقاولة عندما تكون المهمة المنجـزة ذات طبيعة فكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـرية (ذهنيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة)، فإننا نسلم

- -

1- سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 5.

2- أحمد عبد العال أبو قرين، مرجع سابق، ص 55.

3- نفس المرجع، ص 77.

مبدئيا بأن المدين لا يتحمل سوى التزام بوسيلة[1].

ويترتب على اعتبار الأعمال التي يتحملها المهندس المعماري أعمالا ذات طبيعة ذهنية نتيجة هامة، وهي عدم إمكان التعاقد من الباطن بشأنها، أي أنه لا يجوز التعاقد من الباطن علـ ـ ـ ـ ـى المهام التي يتولاها المهندس المعماري خاصة ما تعلق منها بتصميم الأعمال[2]، ولعل مبرر هذا الحظر يكمن في الطابع الشخصي لالتزامات المهندس المعماري، فلا يعهد صاحب المشروع بمهمة تصور إنجاز البناء إلا لمن تتوافر فيه من المهندسين المعماريين الكفاءة الفنية اللازمة[3]، وفي هذا الصدد يحظر قانون الواجبات المهنية الفرنسي على المهندس المعماري التعاقد من الباطن فيما يتعلق بوضع التصميمات لمشروع معماري أو التنازل للغير عن القيام بذلك[4].

أما فيما يتعلق بالتزام المهندس المعماري بالإشراف على تنفيذ الأعمال الإنشائية، فيجـ ـوز تنفيذه بواسطة مهندس معماري آخر، لكونه ليس التزاما جوهريا، ولكن بعد موافقة رب العمل على ذلك[5].

وفي الواقع أن هذه التفرقة غير مبنية على أساس صحيح، لأن التزام المهندس المعماري بالرقابة على التنفيذ كالتزامه بوضع تصميم من حيث الأهمية، ولذلك لا يمكن القـ ـ ـ ـول بإمكانيـ ـ ـ ـ ـ ـة

1- Bénabent, Juriscl. Civ., 1787, fasc. H. n 220 cité par : Rev.Trim.Dr.Civ. (1)1984, p.138.

2- أحمد عبد العال أبو قرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء والتشريع المقارن، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 29.

3- أحمد عبد العال أبو قرين، نفس المرجع، ص 30. راجع في نفس المعنى، المادة 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

4- أحمد عبد العال أبو قرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء والتشريع المقارن، مرجع سابق، ص 30.

5- أحمد عبد العال أبو قرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء التشريع والمقارن، نفس المرجع، ص 31.

التعاقد من الباطن على أحدهما دون الآخر، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 24 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور آنفا، التي تجيز التعاقد من الباطن على المهام المنصوص عليها في عقد الاستشارة الفنية، والتي لا يمكن للمستشار الفني أن يباشرها تحت ضمانه ومسؤوليته، ولكن يجب أن تكـ ـ ـ ـون هذه المهام محددة فـ ـ ـ ـ ـ ـي عقد الاستشارة الفنيـ ـ ـ ـة، وأن يكون المقاول الفرعي معتمدا من رب العمل.

وإذا كان لا يجوز إسناد مهمة تصميم الأعمال لغير المهندس المعماري، لأنه الشخص الوحيد المؤهل مهنيا وفنيا للقيام بذلك، فإنه يمكن إسناد مهمة إدارة الأعمال والرقابة على التنفيذ إلى غير المعماري مثل المهندس المدني، لأنها لا تعتبر من جوهر وظيفته[1].

- -

- -

1- أنظر أحمد عبد العال أبو قرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء والتشريع المقارن، مرجع سابق، ص 31.

المبحـث الثانـي:

دور المهندس المعماري فـي عمليـة البنـاء

إن المهام التي يضطلع بها المهندس المعماري في عملية البناء يمكن تحديدها بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية التي تنظم مهنته[1]، حيث يتضح من استقراء أحكام هذه النصوص أن مهامه متعددة ومختلفة.

فقد يكلف المهندس المعماري بوضع التصاميم فقط، كما قد يكلف بمهمة شاملة، حيث يمكنه أن يتحمل بالمقابل التزامات جـد واسعة(ممتدة)، فيأخذ علـــــــــــى عاتقه واجــــــــب إدارة ورقابة الأعمال[2].

وبالفعل إذا رجعنا إلى أحكام القرار الوزاري المشترك المؤرخ فـــــــي: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء المذكور سابقا، يتضح بأن

المهام التي يمكن استنادها للمهندس المعماري تتسم بالتعدد والتنوع من جهة، وبالشمول والامتداد من جهة أخرى، وتتمثل هذه المهام حسب أحكام هذا القرار فيما يلي: " مهمة الرسم المبدئــــي مهمة المشروع التمهيدي، مهمة المشروع التنفيذي، مهمة المساعدة في اختيار المقاول، مهمة متابعة الأشغال ومراقبة تنفيذها، مهمة عرض اقتراحات التسديد"[3].

وحسب البعض، يتحمل صاحب العمل أربعة التزامات ذهنية، وهي التــــــزامات بوسيلة يمتد تنفيذها إلى ما بعد الاستلام، وهو ما يبرر مسؤوليته استنادا إلى نظرية الأضرار المسماة الوسيطة بعد الاستلام[4].

1- يمارس المهندس المعماري مهنته من خلال تنظيم مهني، ويتعلق الأمر بالمرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور سابقا. وهذا التنظيم هو الذي يحدد مهام وواجبات المهندس المعماري. راجع هاشم علي الشهوان، مرجع سابق، ص 31.

2- Collart Dutilleul(F) et Delebecque(Ph), op.cit., p. 563.

3- راجع المادة 5 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المذكور آنفا.

4- Bernardin (H), op.cit, p. 41.

ويمكن أن تندرج ضمن القيام بهذه المهام أيضا، كل الخدمات الضرورية الأخرى لحسن تنفيذ المشروع والمحددة في عقد الاستشارة الفنية [1].

نخلص إذن بأن مهمة المهندس المعماري تعد ثلاثية، بما يعني أن التدخل الملموس للمهندس المعماري يتدرج عبر مراحـل تنفيذ المشروع، وهـــــــي: تصـــــــور المشروع، وتنفيذه، ثم استلامه.

ويؤكد الفقه والقضاء الفرنسيين أيضا علـــــى أن مهمة المهندس المعماري تعـــد ثلاثيــــــة وهـــــــــي: " وضع الرسوم الأولية وإقامة الملف المعماري، ثم الإشراف على تنفيذها، وأخيرا مساعدة عميله في استلام الأعمال وتصفية الحسابات"[2].

ومن الناحية العملية تكون المهمة[3] المسندة إلى المهندس المعماري في الغالب الأعم مهمة شاملة، لكن الأمر هنا لا يتعلق إطلاقا بقرينة خاصة، ففي حالة سكوت الأطراف يملك قضاة الموضوع سلطة تقدير مدى هذه المهمة[4].

ولمعرفة الوظائف المسندة للمهندس المعماري يجب الرجوع إلى العقد الذي يربطه بعميله لأنه يعد المرجـــــع فـــــي تحـــديد العلاقات بين الطرفيـــــــن[5] مادام أن التـــــــــزامات المهندس المعماري

1- راجع المادة 5 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 311. راجع في نفس المعنى كذلك:
Liet-Veaux(G), op.cit., p.200.

3- صرح القضاء الفرنسي بمسؤولية المهندس المعماري في نطاق المهمة التي تسند إليه. ومن هذه الناحية تبدو أهمية تحديد مدى المهمة المسندة للمهندس المعماري، حيث يكون مسئولا في حدودها. إن هذا الحل التقليدي الذي يرتبط بالمساهمة يبدو أنه قد تراجع منذ إصلاح: 4 جانفي 1978، المتعلق بإلزامية التأمين والمسؤولية في مجال البناء.

4 - Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p. 563.

يعتقد رأي في الفقه المصري بأن دور المهندس المعماري يجب أن يقتصر على وضع التصاميم، كلما سكت الأطراف على تحديد مهامه في العقد، ويستدل على ذلك من خلال إلزامية تدخل المهندس المعماري فيما يتعلق بوضع التصميم. أنظر: محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص ص 36، 37.

5- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 28، 29.

تخضع لإرادة أو اتفاق الأطراف. والوضع الغالب يقضي بأن مضمون هذا العقد يتحدد بناء على اتفاق طرفيه[1].

وعليـــــه، سنحـــــاول من خـــــلال هذا المبحث تحـــــديد التـــزامات المهندس المعماري المختلفة في علاقته برب العمل، مراعين في ذلك مراحل سير عملية البناء، بدءا بتصور المشروع (البناء)، ثم تنفيذه، فاستلامه، على أن نخصص لكل مرحلة مطلبا مستقلا.

المطلب الأول:

دور المهندس المعماري في مرحلة تصور البناء (المشروع)

في كثير من الأحيان، يتحمل المهندس المعماري قبل كل شيء وضع مشروع البناء Le projet de construction الذي يشتمل علـــــــــــى: الدراسات التمهيديـــــــــــــــــة Etudes préliminaires والمشروع التمهيدي المختصر Avant projet sommaire، ثم المشروع التمهيدي النهائي Avant projet définitife[2].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع أصبح يستلزم تدخل مهندس معتمد إلى جانب مهندس معماري معتمد في إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء[3]، ويعود سبب إشراك المهندس المدني في إعداد مشاريع البناء لاحتـــــواء هذه الأخيـــــــــــرة على الجانب التقنـــــــــــي، أي على دراسة هندسيـــــــــــــــــة[4]، وأخرى تقنية [5].

1- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 36.

2- Hugues Périnet-Marquet, La responsabilité des constructeurs, Dalloz, 1996, p. 11.

3- راجع المادة 55 فقرة أولى من قانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29، مذكور آنفا.

4- يحتـــــــــــوي المشروع المعمـــــــــــــاري حسب المـــــــادة 55 فقــــــــرة 2 من قانون رقـــــــــم: 04-05، يعدل ويتـــمم قانون التهيئـــــــــــة والتعمير رقم: 90-29 على : " تصاميم و وثائق تبين موقع المشروع وتنظيمه وحجمه ونوع الواجهات، وكذا نوع مواد البناء..".

5- تحتـوي الدراسات التقنيــــة للمشروع حسب المادة 55 فقرة 3 من قانون 04-05 خصوصا " على الهندسة المدنيـــــــة للهياكــــــل

وعلى ذلك، فالمهندس المعماري هو الشخص المؤهل قانونا[1] لإعداد الدراسة الهندسية للمشروع، بينما يختص المهندس المدني بإعداد دراسته التقنية، ولعل ما يؤكد هذه التفرقة بين الدراسة الهندسية والدراسة التقنية للمشروع هو ما نصت عليه المادة الثانية من القرار

المؤرخ في: 5 ماي 1995، المتضمن إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية المهنية للمتدخلين في ميدان البنـ ـ ـ ـ ـاء، التي تجيز لمكاتب الدراسات التقنية الخاصة المعتمدة وضع مشاريع بناء شريطة أن تكون هذه المشاريع معدة وحاملة تأشيرة مهندسين معماريين وموظفيـ ـ ـ ـن من قبل هذه المكاتب.

ونؤكد مرة أخرى، أن عبارة مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء يجب أن لا يحمل معناها على عدم لزوم الرخصة بالنسبة لبعض المشاريع، لأن رخصة البناء تعد لازمة دائما قبـ ـ ـ ـل البدء فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي تنفيذ الأشغال، وهذا ما أقرته المـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـادة 76 المضافة[2] بقانون: 04-05 الذي يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 آنف ذكره.

ومن الأهمية بمكان أن أعمال الهندسة المعمارية تستفيد من مجموع النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية حقوق المؤلف[3]، حيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـث يثبت للمهندس المعماري على تصاميمـ ـ ـ ـه حـ ـ ـ ـ ـ ـ ـق ملكية معنوية[4].

وكذا قطع الأشغال الثانوية".

1- راجع المادة 3 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

2- رغم الحضر المفروض بالمادة 76 من قانون رقم: 04-05 آنف ذكره إلا أنه تعفى من الخضوع لرخصة البناء البنايات التي تحتمي بسرية الدفاع الوطني، لكن هذا الإعفاء مشروط باحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية في مجال التعمير والبناء والتي يسهر صاحب المشروع على مطابقة البنايات لها. راجع المادة 53 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، مذكور آنفا.

3- تحظى مصنفات الهندسة المعمارية بحماية قانون حق المؤلف حسب المادة 4/ و من أمر رقم: 03-05، مؤرخ في: 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، آنف ذكره.

4- راجع المادتان 11، 12 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

وتتضمن مهمة تصميم البناء **(الفرع الأول)** حسب الفقه الغالب، دراسة التربة **(الفرع الثاني)** كإجراء أولي، وهذا لأجل ضمان حسن تنفيذ الأعمال.

الفرع الأول: إعداد التصاميم:

إن تصميم الأعمال هو عبارة عن الرسومات التخطيطية التي تبين تفاصيل العمل المراد تشييـــده من حيث أبـعاده و مقاساته، أساساته، و هيكله و حجمه[1]. و تعتبر هذه المهمة جوهر مهنة مهندسي البناء من الناحية الفنية[2]، بل و غالبا ما تقتصر مهمة المهندس المعماري على وضع التصاميم، بينما تسند مهمة الإشراف على التنفيذ إلى مهندس آخر، يكون في الغالب مهندس مدني[3].

إن مهمة تصميم الأعمال لا يتحملها صاحب العمل وحده، و إنما يسند بعضها دائما إلى المقاول، وهذا بخلاف مهمـة إدارة التنفيذ المادي للأشـغال التي لا يمكن اقتسامها مع المقاول[4] وإن كان من الممكن إسناد جزء منها إلى مراقب تقني[5]. وقد اشتمل القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء على حكم مماثل[6].

1- محمد ماجد الخلوصي، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية، ط 4، 1990، ص 166 مشار إليه في: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 300.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص ص 301، 345.

3- نفس المرجع، ص 145.

4- Bernardin(H), op.cit., p. 41.Voir en ce sens, Mazeaud(H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrat, op.cit., p. 568.

5- Bernardin(H), op.cit., p. 41.

6- تنص المادة 13 من القرار المذكور أعلاه، على أنه: " إذا قام المهندس المعماري أو مكتب الدراسات التابع للمقاول المكلف بإنجـــــاز المشـــروع بإجراء دراسة، فإنه يجــــــب على رب العمل تعيين مكـــتب دراسات مستقل ليتكفل بمهمـــة متابعــــــة ومراقبة تنفيذ المشروع..".

ومما لا شك فيه، أن التزام المهندس المعماري بوضع التصاميم هو التزام بنتيجة[1]، هي مطابقة أو عدم مخالفة التصاميم الأصول الفنية المستقرة[2]، ولكن يجب على المهندس المعماري حتى يكون موفيا بالتزامه هذا، أن يراعي في القيام به، جملة من الواجبات، وهي:

أولا: مراعاة الأصول الفنية في إعداد التصاميم:

يجب على المهندس المعماري أن يراعي عند وضعه للتصاميـــم ما تفرضه مهنته من أصـــــــول وقواعد فنية[3] متعارف عليها، والتي يفترض فـــي كل مهندس معماري أن يكــــــون علـــــــى علـــــــــــم بـــــها وإلا ترتبـــــــــت مسؤوليتــــــــــه حتـــــــــى ولو كان قـــــــــــــــــد راعــــــــى ما تفرضـــــــــه القوانيــــــن واللوائح المنظمة لأعمـــال البناء من قيود[4]، إذ يبدي القضاء الفرنسي تشددا كبيرا إزاء المهندسين فيما يخص مراعاة هذه القواعد[5].

إن واجب احترام قواعد فن البناء من طرف المهندس المعماري عند وضعه للتصاميم يمكن استخلاصه من خلال ما كانت تنص عليه المادة 29 فقرة 1 و2 من قانون رقم: 86-07 مؤرخ في: 4 مارس 1987، يتعلق بالترقية العقارية[6]، والتي كانت تجيز البيع بناء على المخططات (التصــــــاميم)، وذلك بعد الموافقة عليها من طرف المصـــالح المكلفـــة بالتعميــــر، أي بعد أن تتحـــــــــرى هذه الأخيرة من أن التصاميم غير مخالفة لقواعد البناء والتعمير.

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 69. راجع أيضا، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 303.

2- محمد شكري سرور، نفس المرجع، ص 69.

3- نفس المرجع والصفحة.

4- نفس المرجع، ص 48. راجع فيما يخص تنفيذ المستشار الفني للمهام المسندة إليه من صاحب المشروع طبقا لقواعد الفن وأعراف المهنة، المادة 21 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

5- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 48.

6- ج.ر، ص 350، ملغى بالمرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر عدد 14، الملغى أيضا بقانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

وهكذا، فإن قواعد البناء تفرض على المهندس المعماري عند وضعه للتصميم أن يراعي مثلا طبيعة البناء والغرض من إقامته، كما تفرض عليه كذلك أن يراعي خصوصيات المنطقة التي يراد إقامة البناء فيها، فيما لو كانت منطقة زلزالية أو منخفضة، بحيث تكون عرضة للفيضانات، فضلا طبيعة التربة وتكوينها الجيولوجي فيما لو كانت طينية أو رملية..الخ وتبعا لذلك، يتم إعداد التصميم المعماري أي تحديد أبعاد ونسب البناء[1].

وتعتبر رخصة البناء وسيلة فعالة في يد الدولة، تفرض بها احترام قواعد البناء، فعادة ما ترفض المصالح المكلفة بالبناء والتعمير في البلدية منح الرخصة في حالة مخالفة التصاميم لهذه القواعد، كما يمنع القانون إنجاز الأشغال خلافا للمخططات التي سمحت بالحصول على رخصة البناء[2]، أو خلافا لهذه الأخيرة (رخصة البناء)[3] أيضا. ويفرض لأجل ذلك عقوبات مالية وجزائية على المخالفين، ففي حالة ثبوت المخالفة نتيجة عدم مراعاة المخططات البيانية أو رخصة البناء في إنجاز الأشغال، تقرر الجهة القضائية المختصة حسب الحالة، إما القيام بمطابقة البناء المنجز أو هدمه[4].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن التصاميم الهندسية(المخططات البيانية) يجب التأشير عليها من طرف الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء قبل وضعها موضع التنفيذ[5]، وهذا

1- لقد أدرك المشرع منذ زلزال 23 ماي 2003 الذي ضرب ولاية بومرداس أهمية العوامل المناخية والطبيعية، وتأثيرها على جودة تشييد المباني والمنشآت الأخرى، حيث نص في المادة 11 فقرة أولـــى من قانون رقـــــــــــم: 04-05 الذي يعـــــــــــدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29، على أن أدوات التهيئة والتعمير تحدد شروط التهيئة والبناء للوقاية من الأخطار الطبيعية والتكنولوجية، كما نص في الفقرة 3 من نفس المادة على أن تعرف وتحدد المناطق المعرضة للزلازل حسب درجة خطورتها وتحدد قواعد البناء فيها عن طريق التنظيم.

2- راجع المادة 76، المضافة بقانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29، آنف ذكره.

3- راجع المادة 76 مكرر5 من قانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير.

4- راجع فيما يتعلق بجزاء مخالفة المخططات البيانية، المادة 76 مكرر3 من قانون رقم: 04-05، والمادة 76 مكرر 5 من نفس القانون فيما يخص عدم مطابقة البناء لرخصة البناء المسلمة.

5- راجع المادة 18 فقرة 2 والمادة 27 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المذكور آنفا.

لتمكين هذه الهيئة من فحص التصميمات والتثبت من أنها خالية من الأخطاء الفنية.

ثانيا: مراعاة النصوص القانونية والتنظيمية للبناء:

لا يكفي أن تكون التصاميم مطابقة لما تقضي به المهنة من أصول وقواعد متعارف عليها في مجال الفن المعماري، بل يجب أن تكون متفقة مع الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال البناء أيضا.

وإذا كان العمل المعماري يهتم بالجوانب الفنية المتعلقة بإقامـة البنـــــاء من حـــــــيث تحـــــديد النسب والأبعاد وغيرها، فإنه يجب ألا يتم إنجاز الأعمال المعمارية (إعداد التصاميم) خلافا للنصـوص القانونيـة والتنظيميـة المعمـــول بها، وفـــي هـذا الصـدد أوجبـت المـــادة 6 من المرسـوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري على الجماعات المحلية والإدارية المكلفة بالتعمير، أن تقوم باستعمال جميع الوسائل الملائمة بترقية إنتاج معماري يطابق القوانين والتنظيمات المعمول بها، والمتخذة في هذا المجال

والخصوصيات الجهوية والمحليـ ـة"، ونصت المادة 10 فقـ ـرة 2 من قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 المعدل والمتمم، على عدم جواز استعمال الأراضي أو البناء على نحو يتناقض مع تنظيمات التعمير. وتجيز في هذا الصدد المادة 76 مكرر 5 المضافة بقانون: 04-05 الذي يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 للجهة القضائية المختصة أن تأمر عند التأكد من عدم مطابقة البناء لرخصة البناء المسلمة بمطابقة البناء المنجز أو هدمه كليا أو جزئيا ناهيك عن العقوبات المالية والجزائية المقررة في هذا المجال.

ومن الأحكام القانونية والتنظيمية التي ينبغي احترامها عند إعداد التصاميم، عدم تجاوز العلو المسموح به قانونا[1]، وكذلك احترام البعد الأدنـ ـ ـ ـ ـ ـى (ترك المسافة) عن الطريق العمومـ ـ ـ ـي[2]

1- راجع المادة 6 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم بقانون 04-05، مذكور آنفا.

2- راجع المادة 5 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير.

ومراعاة قيود الارتفاق..الخ.

ثالثا: احترام الرغبات المشروعة لرب العمل:

يجب المهندس المعماري أن يراعي عند وضعه للتصميم الهندسي الرغبات المشروعة لعميله سواء ما تعلق منها بالاحتياجات أو الأهداف المبينة في برنامج العملية المزمع إنجـ ـازها والذي تنطلق على أساسه استشارة المستشار الفني[1]. وعليه، يجب أن يلبي المشروع المعماري متطلبات العميل المشروعة لاسيما الوظيفية منها، وكذلك الأهداف المرسومة في مجال الكلفة والأجل والنوعية[2].

وعموما، يجب أن يكون تصميم المبنى المزمع إقامته مطابقا لاحتياجات العميل (رب العمل) الوظيفية أو الفنية، تحت طائلة قيام المسؤولية.

ولكن يجب فيما يخص استجابة التصاميم للرغبات المشروعة لرب العمل ألا يستجيب المهندس المعماري لميول ورغبات عميله إذا كانت تمس بمتانة البناء وسلامته[3]، وبخاصة تلك المقترحات التي يراد منها تخفيض تكاليف البناء. و في هذا السياق، صرح القضاء الفرنسي بمسؤولية المهندسين الذين قاموا باستبدال مادة بأخرى بناء على طلب رب العمل بقصد تخفيض التكاليف " يكونون قد ارتكبوا خطأ يسألون عنه "[4].

فإذا كانت رغبة رب العمل في تخفيض تكاليف البناء أو التوفير في اقتصاديات البناء أمر مشروع، فليس معنى ذلك الانصياع لهذه الرغبة حتى ولو كان ذلك على حساب متـ ـ ـ ـانة المبانـ ـ ـ ـي وسلامتها، لذلك يجب على المهندسين المعماريين عدم الاستجابة لطلب رب العمل بالاقتصاد فـ ـ ـ ـ ـ ـي تكاليف البنـ ـ ـ ـ ـ ـاء أو استعمـ ـال مواد بنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء رديئة إذا رأى أن ذلك سوف يؤدي إلـ ـ ـ ـ ـ ـى تصـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـدع

1- راجع المادة 17 فقرة 1 و 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

2- راجع المادة 17 فقرة 3 نطة 6 من نفس القرار.

3- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 49.

4-Rouen, 23 av.1980, G.P.1981, I, som, p.77 cité par: محمد شكري سرور، نفس المرجع، ص 50، هامش(23)

البناء أو تهدمه[1].

وتبعا لذلك، لا يجوز الإعفاء من المسؤولية بسبب رغبة رب العمل في الاقتصاد في تكاليف الإنجاز، لأنه من واجب المهندس المعماري الحرص على سلامة المباني وخلوها العيوب، وهو ما تفرضه عليه مهنته[2]، كما لا يجوز التخفيف من مسؤولية المهندس

المعماري حتى ولو كان رب العمل خبيـــــــــــرا بفــــــن البنـــــــــاء[3]، لأن التزامه بالنصـــــــــح والإرشاد يحـــــــول دون امتثالــــــــه للأوامر والتعليمات التي تصدر إليه[4].

الفرع الثانـي: دراسـة التربـة:

الأرض هي ذلك المسطح المساحي الذي يعتبر الركيزة المادية التـــــــــــي يقام عليها البنــــــــــاء أو المنشأ الثابت، ويتصل بها اتصال قرار[5]، وغالبا ما يكون رب العمل هو مالك الأرض أو على الأقل صاحب حق في البناء عليها[6].

ولاشك أن عيب الأرض يؤدي إلى عدم ثبات البناء واستقراره، وهو أحد أسباب انهياره، مما ينبغي التثبت من صلاحية الأرض للبناء عليها.

إن دراسة تربة الأرض التي سيقام عليها البناء يعد أحد أهم الجوانب الفنيـة التـــــي يجـــــــب علـــــــى المهندس المعماري أن يقوم بها بكل دقة وأمانة قبل البدء فــــي تنفيذ الأشغال (المشروع) لأن سلامة البناء ومتانته تتوقف عادة على مدى صلاحيـــــــة الأرض للبنــــــــاء عليها وقدرتها على

---

1 - راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 147.

2- راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع والصفحة.

3- نفس المرجع، ص 148.

4- Cass.civ. 9 juin 1999, D.1999, II, IR. P.183 cité par: عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع والصفحة، هامش رقم:(1).

5- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 709.

6- راجـــع المادة 7 من المرسوم التشريعي رقـــــــــم: 94-07 المؤرخ فـــــــــي: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتـــــــاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

تحمل الأعمال المزمع إنجازها[1].

ومن الأهمية بمكان أن هذه الدراسة تعد ضرورية، إذ يتم على ضوئها وضع المشروع الهندسي للبناء الذي يتكون عادة من مختلف الرسومات والخرائط، فضلا عن مقايسات البناء المزمع تشييده.

ويتفق الفقه الغالب سواء في مصـر أو فرنسا على أن الالتزام بدراسة التـربة وفحص خصائصها يقع على عاتق المهندس المعماري، بل ويعتبر من أولى مهام وظيفته، نظرا للمؤهلات الفنية التي يتمتع بها في هذا المجال[2].

لهذا، فإن وضع التصاميم والمقايسات على الوجـه الأكمل يقتضـــــــــي من المهندس المعماري أن يكون على دراية كافية بطبيعة التربة (الأرض) التي سيقوم عليها العقار، وحتى يتسنى له كذلك تحديد نوع المواد التي يجب استخدامها في التنفيذ ومقدارها[3].

ويرى جانب آخر من الفقه المصري أن التزام المهندس المعماري بدراسة التربة يعد من أبسط الأصول الفنية التي تفرضها عليه مهنته، فلا يجوز له أن يتحلل من التزامه بدراسة التربة بدعوى أن العقد المبرم مع رب العمل لا يفرض عليه ذلك[4]، وهذا الحل قرره القضاء الفرنسي حيث صرح بعدم جواز تحلل المهندس المعماري من التزامه بدراسة التربة لمجرد أن العقد المبرم بين رب العمل والمقاول يجعل من هذه الدراسة التزاما على هذا الأخير[5].

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 294. راجع في نفس المعنى، عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 709.

2- عبد الرازق حسين يسين، نفس المرجع، ص 711.

3- سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 70.

4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 294.

5- Cass.civ. 9 mars 1965, Bull.civ.1965, 1, n174, p.131; Civ. 31 janv. 1966, J.C.P.1966, 2, 14659; Civ. 17 mai 1961, D.1961, som, 109, G.P.1961, 2, 185 cités par: محمد شكري سرور، مرجـ ـع سابق، ص 58، هامش رقم:(57).

غير أن هناك اتجاه في الفقه الفرنسي يذهب إلى ترتيب مسؤولية المقاول عن عيوب الأرض، نظرا لاتصال عمله بالأرض مباشرة حينما يقوم بأعمال الحفر، وبالتالي فإنه الأقدر على تبين طبيعة الأرض من المهندس المعماري، مؤكدا أن المادة 1792 المقابلة للمادة 554 مدني جزائري و651 مدني مصري لم تفرق فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي تشديد المسؤوليـ ـ ـ ـ ـ ـة بيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـن المهندس المعماري والمقاول[1].

أما الرأي الفقهي الراجح، فيرى بأن الالتزام بدراسة التربة هـ ـو التزام جوهري يثقل كاهل المهندس المعماري بحكم تأهيله الفني، لذا فهو المسؤول بالدرجة الأولى عن صلاحية الأرض للبناء عليها[2]، وحتى ولو كان المقاول ملزم بجس التربة وفحصها[3]، فمسؤولية المهندس المعماري تكون في الغالب كاملة، ولا يعتبر المقاول مرتكبا لأي خطأ[4].

وفي القانون الجزائري يقوم المستشار الفني بعد مصادقة رب العمل على المشروع التمهيدي بما يلي:

- يقرر بالاتصال مع المخبر المعين من طرف رب العمل وبمساهمة الهيئة المكلفة بالرقابة التقنية للبناء (CTC)[5]، على أساس مخطط الكتلة المقدم في المشروع التمهيدي، وبرنامج التجارب والسبر التي ستجرى لدراسة التربة.

- يقوم بمراقبـ ـة النتائج الجيوتقنيـ ـ ـ ـة المتمخضة عن هذه الدراسـ ـ ـ ـ ـة وتفسيـ ـ ـ ـ ـ ـرها، مع العلـ ـ ـم بأن هـ ـ ـ ـذه

- -

1- Voir sur cette opinion, Ravon(J), La responsabilité des constructeurs, Traité pratique et Juridique, Paris, 1997, p.83 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 295، هامش رقم:(1)

أشار إلى هذا المرجع أيضا، عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص ص 711، 712، هامش رقم: (16).

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 294.

3- Cass civ., 31 janvier 1966, J.C.P 1966, II, n 14695 ; D.1966, somm, p. 102 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 295، هامش رقم: (5). راجع أيضا، عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق ص 711، هامش رقم: (15).

4- Liet-Veaux(G), Juris-classeur, Construction, Fasc.202, 1984, n 106, p. 12.

5- L'organisme chargé du contrôle technique de la construction.

الدراسة نهائية وليست أولية حسب المادة 17/3-1 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور آنفا، التي تنص على أنه: " يحتوي برنامج العملية على النقاط الأربع الآتية: " ..الدراسات الأولية للتربة".

ويجب على المستشار الفني أن ينفذ التزامه بدراسة التربة في الآجال المحددة في عقد الاستشارة[1].

ويؤكد الفقه على التزام المهندس بدراسة التربة وتكوينها الجيولوجي للتأكد من مدى قدرتها على تحمل الأعمال المزمع إنشاؤها، وذلك قبل البدء في تنفيذ هذه الأعمال[2]. وحسب جانب من الفقه، فإن التزام المهندس المعماري بدراسة التربة يندرج ضمن التزامه بتقديم المشـورة وإبداء الرأي على رب العمل قبل البدء في تنفيذ الأعمال[3]، وبالتالي يعد إخلالا بهذا الالتـــزام عدم قيام المهندس المعماري بدراسة التربة.

أما البعض الآخر، فيرون فيه أحد مظاهر الخطأ في تصميم الأعمال، يستوجب مسؤولية المهندس المعماري ولو لم يكن مكلفا بالإشراف على التنفيذ، لأن البناء لا يعتبر قد أحسن تشييده إذا لم تراع طبيعة الأرض في إعداد الدراسة التي سبقت تنفيذه، مؤكدا بأن " العيب في التربة ما هو في الواقع إلا ترجمة للعيب في التصميم"[4].

وعلى ذلك، يجب على المهندس المعماري حتى يعتبر موفيا بالتزامه بوضع التصميم أن يراعـــــــي فــــــي وضعه، جملة من العوامـــــل والمعطيــــات، ومنها طبيعة التربة وتكوينها الجيولوجـــي

1- راجع المادة 27 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص57.

3- Labin, La responsabilité des architectes et son assurance, Thèse, Paris, 1978, pp. 48, 52, 143 cité par : محمد شكري سرور، نفس المرجع، ص ص 59، 60، هامش رقم:(61)

4- V. Albert Caston, La responsabilité des constructeurs, 2e éd, 1979, p.188.

وإلا اعتبر مقصرا، فتجب عليه حينئذ المسؤولية. ويأخذ هذا الالتزام في الواقع بعدا وقائيا ضد احتمالات انهيار المباني وتصدعها.

ويبرر جانب من الفقه المصري تحمل المهندس المعماري للالتزام بدراسة التربة وفحصها مسايرا الرأي الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي، ليس لأنه أكثر خبرة وتخصصا بدراسة التربة من المقاول، فقد يكون هذا الأخير مساويا له أو متفوقا عنه في ذلك خاصة إذا كان من الشركات الكبرى للمقاولات، وإنما استنادا إلى الترتيب الزمني والتكامل الفني لمهنة المهندس المعماري[1].

فوضع التصميم يقتضي دراسة معمقة ودقيقة للتربة، ومدى ملاءمتها وقدرتها على حمل أثقال البناء المزمع إنشاؤه، كما أن وضع المقايسة سواء كانت وصفية أو كمية يتوقف كذلك على معرفة كاملة بطبيعة الأرض.

وعليه، فإن دراسة التربة هي مسألة أولية يجب على المهندس المعماري القيام بها حتى يتسنى له إعداد التصميم على أحسن وجه، مما يكفل للبناء السلامة والمتانة، ويضمن له عوامل الثبات والدوام ضد الظروف المناخية المحتملة(الكوارث الطبيعية)[2]، فالتصميم ليس مجرد خطوط ترسم على الورق طولا وعرضا نتيجة تصور نظري لبناء يستحيل تطبيقه على الطبيعة المعدة له[3]، وإنما هو مجموعة متكاملة من الأعمال[4]، تهدف إلى إقامة عقار على أساس سليـــــم وخـــــال من العيوب التي من شأنها أن تهدد استقراره وتنـــــال من الغرض الذي وجـــــــد

1- أنظر، عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 712.

2- يجب أن يتضمن برنامج العملية الذي يعده صاحب المشروع ابتداء الكشوف المتعلقة بالمناخ والزلازل عند الاقتضاء وهذا حسب المادة 17 فقرة 3 نطة 5 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المذكور آنفا، كما يفرض قانون 04-05 الذي يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 هو الآخر وجوب مراعاة الظروف الطبيعية للمنطقة المراد البناء فيها بالمادة 11 منه.

3- محمد شكري سرور، مرجع سابق،' ص ص 61، 62. راجع كذلك، عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 712.

4- راجع الفقه المشار إليه في: عبد الرازق حسين يسين، نفس المرجع، ص 713، هامش رقم: (21).

لأجله[1].

ويجب على المهندس المعماري وإلا كان مخطئا أن يتأكد عند تصميمه لأعمال التعلية من طبيعة أساسات العقار المعني المراد إقامة تلك الأعمال فوقه، ومدى تحمل أساساته لها[2] وفي هذا الصدد، يحظر القانون المصري رقم: 106 لسنة 1976 المتعلق بتنظيم المباني في المادة 7 فقرة 2 منه، عدم الترخيص صراحة أو ضمنا بأعمال التعلية إلا إذا كان الهيكل الإنشائي للمبنـــــى وأساساته تسمح بذلك[3].

أما فيما يخص بأن المسؤولية تشمل المهندس المعماري والمقاول معا، فهذا غير وارد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري[4] والقانون المدني الفرنسي[5]، فقد اتضح من هذه الأعمال بأن قصد المشرع قد انصرف إلى المهندس المعماري وليس إلى المقاول[6].

ومع ذلك، فإن عقد المقاولة المبرم بين رب العمل والمقاول يفرض على هذا الأخير التزاما بالنصح والإرشاد، ومقتضاه تنبيه رب العمل إلى عيب التربة الذي يمكن له كشفه بالنظر إلى قدرته الفنية[7]، وفي حالة تقصير المقاول بالتزامه بالكشف عن عيب التربة، فإن مسؤوليته سوف تتحقق إلى جانب المهندس المعماري عما يترتب عن ذلك من أضرار[8].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري والفرنسي قد ألقـــــــــى بالمسؤوليـــــة العشريــــة علـــــى المهندس المعمـاري والمقاول فـــي حالة تهدم البنـــــــاء أو تعيبـــــــــه

1- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص ص 712، 713.
2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 56.
3- محمد شكري سرور، نفس المرجع والصفحة. راجع أيضا، سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 70.
4- المادة 679 من المشروع والمادة 561 من القانون المدني الحالي.
5- المادة 1792 التي تقابل المادة 554 من ق.م.
6- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 713.
7- نفس المرجع والصفحة.
8- نفس المرجع، ص 714.

جراء عيب في الأرض، لكن القضاء الفرنسي يبدي تشددا كبيرا حول هذه المسألة، محملا المهندس المعماري مسؤوليـــة ما يحـــدث بالبنـــاء من خلال متـــى كان راجـــعا إلى عيب فـــي التربة أو إلـــى طبيعة الأرض التي أقيم عليها[1].

ويعتبر عدم التأكد المسبق من طبيعة الأرض من قبيل الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المهندس المعماري[2]، لهذا يقرر القضاء الفرنسي بطلان الشرط الذي يعفي المهندس المعماري من التزامه بدراسة التربة، معتبرا أنه من قبيل الاتفاقات الباطلة على الإعفاء من المسؤولية[3].

وبوجـــــــه عام، لا يمكـــــــــــن للمهندس المعماري أن يتمسك بالشرط المدرج فـــي صفقة الأشغال والذي يعفيه من تحمل المسؤولية نتيجة إخلاله بالتزاماته الجوهرية[4]، وبالتالي، فإن مسؤولية المهندس المعماري لا يمكن استبعادها إذا لم يقم بدراسة التربة حتى وإن ورد بند في العقد يجعله غير مسؤول، كما لو تضمن العقد عبارة " يفترض في الأرض أنها جيدة "« Le sol est présumé bon » [5].

وتطبيقا لذلك، تقررت مسؤولية المهندس المعماري عن تهدم قاعة احتفالات بسبب عدم صلابة الأرض التي أقيمت عليها[6]، كـــــــما تقررت مسؤوليتـــــــــه أيضا عن إقامـــــة أساسات علـــــــى أرض غير صالحة[7].

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 57، 58. راجع كذلك في هذا الاتجاه للقضاء الفرنسي، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 294.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 58. راجع كذلك، عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 294.

3- راجع موقف القضاء من هذه المسألة :

Cass.civ3., 19 juin 1973 : Bull.civ.III, n.418 cité par : Liet-veaux (G) : Juris-Classeur, Construction, Fasc. 202, 1984, n 8, p. 3.

4- Liet-Veaux(G), Juris-classeur, Construction, Fasc.202, 1984, n 8, p.3.

5- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 294.

6- Cass.civ3, 30 oct. 1969, Bull.civ. 1969, III, n 693 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 293، هامش رقم: (4).

7- Cass.civ3, 18 avril 1972 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 294، هامش رقم:(5)

بل ولا يعفى المهندس المعماري من المسؤولية عن عيب في الأرض ولو أصر رب العمل على إقامـة البنـاء عليها بعد إخـطار المهندس له بذلك. وقد برر جـ ـانب من الفقـ ـه ذلك بالقـ ـول: يجـ ـب " على المهندس المعماري ألا ينساق أمام حماقات مالك جـ ـ ـ ـ ـاهل يعرض للخـ ـ ـطر سلامتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـه الجسديـ ـة و سلامة العامة"[1].

ولكن إذا احتفظ رب العمل بمهمة دراسة التربة بنفسه، فإنه يتحمل مسؤولية ما ينجم عن ذلك من أضرار دون البحث فيما إذا كان معروفا عنه التخصص في مجال البناء[2].

- -

- -

1- V. Laurent(F), Principes de droit civil français, pp. 36, 37 cité par: محمد شكري سرور، مرجع سابق

ص 59، هامش رقم:(59).

2- Cass.civ3, 19 nov. 1975 cité par : Liet-Veaux(G), construction, Fasc.202, 1984, n 52, p.8.

المطلب الثانـي:

دور المهندس المعماري أثناء سيـر الأشـغال

تثبت للمهندس المعماري خلال مرحلة تنفيذ المشروع سلطة توجيه ورقابة الأعمال، حيث يمارس خلال هذه المرحلة سلطة استثنائية على الورشة[1]. ويظهر القضاء الفرنسي تشددا كبيرا في تقدير الالتزام بالرقابة على الأعمال، حيث قضى بأن هذا الالتزام يمتد إلى حد مراقبة الأعمال الجد دقيقة مثل الاستعمال اليدوي لرافعة[2]، ولا يفقد المهندس المعماري رقابته على الورشة عندما يتم التعاقد من الباطن على الأشغال[3].

وإذا كان المهندس المعماري خلال هذه المرحلة يتعهد بإدارة الأعمال والرقابة على تنفيذها[4] عن طريق إصداره لأوامر الخدمة، فليس معنى هذا أن حضوره اليومي في الورشة أمرا لازما[5]، ذلك أن الرقابة المستمرة على الأعمال لا تعني الحضور الإلزامي اليومي في موقع العمل، بل تكفي الزيارات المتكررة ولو كانت متقطعة[6]، فالمهندس المعماري لا يعتبر رئيـ ـسا للورشة[7].

وبالتالي لا يمكن أن يطلب منه الحضور اليومي الدائم[8]، وهذا الأمر يكاد يجمع عليه الفقه والقضاء الفرنسي، فالرقابة المستمـ ـ ـ ـرة على الأعمـ ـ ـال لا تفرض على المهندس المعماري تواجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـده

- -

1- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 202.

2- Saint-Alary (R), op.cit., p. 111.

3- Cass.civ3, 25 oct.1977, Bull.civ III., n 352 cité par : Le tourneau(Ph), op.cit, p. 473.

4- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 45.

5- يؤكد هذا الحل القضاء الفرنسي، إذ أنه لا يشترط الحضور الدائم للمهندس المعماري في مكان العمل، ويقرر في هذا الصدد بأن الرقابة الدورية تعد كافية. راجع حول هذا الاتجاه القضائي، نعيم مغبغب، نفس المرجع والصفحة.

6- نعيم مغبغب، نفس المرجع والصفحة.

7- Le tourneau(Ph), op.cit., p. 473. Voir aussi, Saint-Alary (R), op.cit., p. 111.

8- Civ1., 8 juill. 1963, D., 1964, som.51.- Civ3., 25 mai.1976, J.C.P.77, 18755 cités par : Le tourneau(Ph), Ibid., p.473.

اليومي والمتواصل بمكان العمل[1].

والتزام المهندس المعماري بالرقابة لا يحل في الواقع محل التزام المقاول الذي يجب أن يمارسه بنفسه على عماله[2].

إذن، يلزم المهندس المعماري بالمراقبة المستمرة للأشغال دون أن يكون حضوره اليومي في الورشة أمرا لازما، إذ يكفي أن يقوم بزيارات من حيـ ـ ـن لآخـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر ليكون على بينة من سيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر الأعمال، ويتحمل المهندس المعماري هذا الالتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـزام ولو لم يكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـن مدرجا صراحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة في العقد[3] وفي هذا المعنى قررت محكمة النقض الفرنسية بأن " الالتزام بالإشراف والرقابة على التنفيذ من جانب المهندس المعماري يدخل في النطاق الطبيعي والمعتاد لدوره إلا إذا كانت هناك اتفاقات تقضي بخلاف ذلك"[4].

ويجب على المستشار الفني أن يعين في عقد الاستشارة ممثلا له لدى رب العمل خلال كل مراحل العملية، ابتداء من انطلاقها إلى غاية الاستلام النهائي لمنجزات المشروع[5]، شريطة أن يوافق عليه رب العمل، كما يجب على رب العمل أن يعين في ذات العقد الآمر بالعمليـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة ومن يمثله لدى المستشار الفني بخصوص متابعة تنفيذ الدراسة والموافقة على مختلف مراحل العملية[6].

والغالب عملا هو تحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـمل المهندس المعماري رقابة الأعمـ ـ ـال، ولكـ ـ ـ ـ ـن هذا ليس دائما، فقـ ـ ـ ـ ـ ـ ـد

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 91، 92.

2- Civ., 4 juill. 1973, D, 1974. P. 233 cité par : Le tourneau(Ph), op.cit., p. 473.

3- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 45.

4- Cass.civ., 22 avril. 1940, D.1940, P.149 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 329 هامش رقم: (1).

5- راجع المادة 31 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال البناء في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

6- راجع المادة 31 فقرة 2 من نفس القرار.

يكون تعهده قاصرا على وضع التصاميم دون الرقابة على التنفيذ[1]. ويتمتع قضاة الموضوع في حالة عدم تحديد مدى المهمة المسندة للمهندس المعماري صراحة في العقد بسلطة تقدير ذلك[2]، حيث ألقى القضاء الفرنسي في العديد من قراراته بهذا الالتزام على عاتق المهندس المعماري من خلال تفسيره للعقود[3].

هذا وقد استعمل المشرع في القانون المدني عبارة " الرقابة على التنفيذ"[4]، واستعمل في المادة 9 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري المذكور سابقا، كلمة "متابعة" بدلا من "رقابة".

إن الالتزام بالإشراف والرقابة على الأعمال هي سلطة يملكها المهندس المعماري بناء على العقد الذي يربطه برب العمل، تمكنه من إدارة الأعمال والرقابة على حسن تنفيذها، إذ لا يقوم رب العمل برقابة تنفيذ الأشغال بنفسه، وإنما يعهد بذلك إلى مهندس معماري بناء على عقد وحتى في مجال الأشغال العامة (العقود الإدارية) لا تقوم الإدارة بمباشرة هذه المهمة بنفسها بل تعهد بها إلى متخصص، ويغلب أن يكون مهندسا(مكتب دراسات).

وتمارس الرقابة أيضا عند انتهاء الأشغال، وتتخذ في هذه الحالة شكل خاص هو الاستلام[5]. وقد أسلفنا القول بأن الغرض من ممارسة الرقابة على الأشغال هو التأكد من سلامة التنفيذ تمهيدا لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم[6]، وفـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي هذا المعنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـى يرى جانب مـ ـ ـ ـ ـ ن

- -

- -

1- راجع المادة 555 من ق.م.

2- Cass.civ3, 15 jan. 1974, Bull.civ III., n 16 cité par : Collart Dutilleul(F) et Delebecque (Ph), op.cit., p. 563, note(6).

3- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 45.

4- راجع المادة 555 من ق.م.

5- Marie Aubry et Robert Ducos-Ader, Droit administratif, Précis - Dalloz, Paris (Ve), 1967, p. 452.

6- محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة: الأشغال العامة، الجزء الثاني، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 29.

الفقه الإداري الفرنسي بأن سلطة الرقابة (Pouvoir de controle) تسمح للإدارة بالسهر على حسن تنفيذ العقد[1].

وتعد هذه المهمة في الواقع على قدر كبير من الأهمية، وذلك بالنسبة لمسؤولية المهندس المعماري سواء كانت عقدية أو تقصيرية[2]، لذا من الضروري التعرض لدور المهندس المعماري في إدارة الأعمال(**الفرع الأول**) والرقابة على تنفيذها(**الفرع الثاني**) على التوالي.

الفرع الأول: إدارة الأعمال:

تعني هذه المهمة كفالة السير الطبيعي للأعمال بقصد انجازها في الوقت المحدد، لذا فقد يسأل المهندس المعماري عن التأخير في إنجاز المنشأة إذا كان هذا التأخير راجعا إلى تقصيره في تنظيم الورشة[3].

وفـــــي إطار القيام بهـــــــذه المهمة، يجـــــــــــب على المهندس المعماري أن يقدم للمقـــــــــــاول كل البيانات والتوجيهات الضروري لحسن سير العمل[4]، وأن يصدر له من الأوامر الواضحة والمحددة قصد التنفيذ الحسن للأعمال[5].

فهذه السلطة تمارس بواسطة أوامر الخدمة(المصلحة)، حيث تسجل فـــــــي دفتـــــــر خاص وتبلغ إلى المقاول، وفـــــــــي الكثير الغالب تنص دفاتر الشروط أن تكون مكتوبة، ويجـــــــــب أن تصدر مـــن العون المؤهل لذلك[6].

1- Aubry (M) et Ducos-Ader (R), op.cit., p. 451.

2- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 16.

3- Périnet-Marquet(H), op.cit., p.16.

4- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 77. راجع كذلك، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 100.

5- تشكل أوامر الخدمة وسيلة بامتياز لتنفيذ سلطات التدخل التي تكون للإدارة في تنفيذ الأشغال العامة. راجع:
André de Laubadère et Yves Gaudemet, Traité de droit administratif : Droit administratif des biens, T.2, 11e éd, LGDJ, DELTA, pp. 401,402.

6- Aubry (M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 452.

وحسب المادة 12 مقطع 8 من قرار مؤرخ فـــــــي: 21 نوفمبـــــــــــر 1964، يتضمن المصادقة علـــــى دفتـــــر الشروط الإدارية العامـــة

إذن يجب على المقاول أن يباشر تنفيذ الأشغال خلال الآجال المحددة[1]، وفي حدود ما تتضمنه أوامر الخدمة الصادرة إليه من المهندس المعماري من التعليمات والتوجيهات بقصد كفالة السير الطبيعي والتنفيذ الحسن للأعمال[2].

ولأجـل ذلك، يجـب على المهندس المعـــماري أن يمكن المقاول من كل الرسومات المتعلقة بالمشـــــــــروع، والمستنـــــــــــدات اللازمـــــــــــة لتنفيـــــــــــذ الأشغال[3]، وأن يقدم له ما يلـــــــــــزم من التوضيحـــــــــات والتفسيرات لفهم هذه الرسوم[4]، ومن جهة أخرى، يملك المهندس المعماري الأمر بإدخال تغييرات خلال سير العمل[5].

كما يندرج ضمن هذه المهمة، رقابة مدى التزام المقاول بالأوامر الصادرة له من المهندس المعماري[6].

ويلزم المقاول بالامتثال لأمر الخدمة[7] تحت طائلة تطبيق الجزاءات التعاقدية[8]، ولكن اعتراض المقـــــاول على أمر المصلحـــــــة الذي يرى فيــــــه مخالفـــــــــة لمقتضيات التـــزاماته التـــــــعاقدية

المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر، ص 46، فإنه: " يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة، ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة ".

1- راجع المادة 12 مقطع أول من نفس القرار المؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، المذكور آنفا.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 77.

3- راجع المادة 12 مقطع 3 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، مذكور آنفا.

4- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 77.

5- راجع المادة 12 مقطع 5 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، مذكور آنفا.

6- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 77.

7- Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 452.

راجع في نفس المعنى، المادة 12 مقطع 4، 5 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، مذكور آنفا.

8- Aubry (M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 453.

المنصوص عليها بالصفقة لا يمنحه الحق في توقيف تنفيذ الأمر[1].

إن إدارة الأعمال تتضمن كذلك وجوب التحقق من المواد المستعملة في البناء، ومدى جودتها، والأمر بإصلاح الأعمال التي نفذت بشكل سيئ[2] أو الأمر حتى بهدم ما تم من الأعمال على خلاف المقرر، وإعادتها من جديد على حساب المقاول[3]، ومع ذلك، فهذه الأمور قد تدخل بالأولى حسب البعض[4] في نطاق مهمة المهندس بالرقابة على التنفيذ.

الفرع الثاني: الرقابة على تنفيذ الأعمال:

لا يقل هذا الالتزام أهمية عن التزام المهندس المعماري بوضع التصميم، فالقيام به على أكمل وجه يكفل في النهاية لرب العمل الحصول على بناء متين وخالي من العيوب، لذا، فإن الإشراف على التنفيذ يعد عاملا وقائيا ضد أخطاء وإهمال المقاولين، ومن هذه الناحية تبدو أهمية هذا الالتزام.

ويعتبر التزام المهندس المعماري بالرقابة على التنفيذ أكثر شمولا من التزامه بوضع التصاميم، ولكن بالمقابل يعد أضيق نطاقا من التزامه بإدارة الأعمال[5].

وتهدف سلطة الرقابة حسب الفقه الإداري الفرنسي إلى فحص الإنجاز والتأكد من مطابقته للمقايسة، أما الإدارة، فهـــي أكثـــــــر شموليـــــــــــــة، نظرا لأنها تتضمن إلزام المقاول بطريقة أو طرق تنفيذ محددة بواسطة أوامر الخدمة[6].

1- راجع المادة 12 مقطع 7 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة، آنف ذكره. راجع في نفس المعنى: Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 453

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 76، هامش رقم: (12).

3- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 3.

4- V. Bricment cité par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 76، هامش رقم: (12)

5- أنظر، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 78.

6- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 402.

وتملك جهة الإدارة في العقود الإدارية حق الرقابة على تنفيذ العقد[1]، ولهذا الحق معنى ضيق، ينحصر في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه[2]، ويكون حق

الرقابة وفقا لهذا المعنى مرادفا لمعنى الإشراف[3]، والذي نجد مرادف له في عقود القانون الخاص[4].

ولكن قد يتعدى حق الرقابة المعنى الضيق السابق ليشمل تدخل الإدارة في أوضاع تنفيذ العقد والعمل على تغييرها، وذلك في الحـــــالات غيـــــر المنصوص عليها صراحـــــة فـــــي العقد كأن تطلب من المتعاقد معها استعمال طريقة تنفيذ غير تلك التي لجأ إليها المتعاقد[5].

وتتضمن مهمة الإشراف على تنفيذ الأعمال أمران: إدارة هذه الأعمال من ناحية، الرقابة على حسن تنفيذها من ناحية أخرى، وإن كان الفقه والقضاء الغالب في فرنسا يخلط بين الأمرين[6]، حيث يرى البعض بأن كلا من إدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ عنصرين من فئة واحدة، فتوجيه الأعمال حسب هذا الرأي هو إعطاء التعليمات قصد تنفيذ العمل تنفيذا حسنا طبقا للتصاميم والمقايسات، ولقواعد الفن، بينما رقابة الأعمال يقصد بها ضمان أن التوجيهات الصادرة من المهندس المعماري طبقا لسلطته في الإدارة قد تم تنفيذها تنفيذا حسنا[7].

1- كل العقود الإدارية تتضمن بالنسبة للإدارة بعض سلطات التدخل في تنفيذ العقد، لكن تكون هذه السلطات في عقد الأشغال العامة على الخصوص بارزة بسبب ميزة المنفعة العامة المهيمن، والذي يقتضيه العمل العام وصفة رب العمل التي تملكها الإدارة. راجع: De laubadère (A) et Gaudemet(Y),, op.cit., pp. 401, 402.

راجع في نفس المعنى أيضا، محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 33.

2- محمد يوسف المعداوي، نفس المرجع، ص 28.

3- أنظر، نفس المرجع والصفحة.

4- نفس المرجع والصفحة.

5- نفس المرجع، ص 29.

6- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 76.

7- V. Bernard Soinne, les responsabilités des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, 2e Vol, Thèse de doctorat, Université de Lille, LGDJ, 1969, p. 605.

ويلاحظ بأن التزام المهندس المعماري بالرقابة على تنفيذ الأعمال هو التزام تكميلي لا علاقة له بالرقابة على التنفيذ الفعلـــي للتوجيهات الصادرة من المهندس المعماري، وهو التـــــــــزام بوسيلـــــــــة وليس بنتيجة، كما هو الأمر بالنسبة لالتزام المهندس المعماري المكلف بوضع التصاميم[1].

وتعني الرقابة على التنفيذ، " التحقق الخاص، والمتابعة اليومية للطريقة التي ينفذ بها المقاول الأشغال" [2]. وقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية " أن مهمة الرقابة على تنفيذ الأعمال لا تتمثل في مجرد إصدار **ملاحظات بعدية**، وإنما يتعين على المهندسين أن يتأكدوا- أولا بأول- من خـــــــلال مراجـــــــعتهم لهـــــــــذا التنفيـــــــذ أن الأعمـــــال تسيـــــــر سيـــــــرا حسنا، طبقا للتصاميـــــــــــم والمقايسات الموضوعة، وبوسائل التنفيذ المحددة "، وقد أقامت مسؤوليتهم على أساس: " لو كانوا قد قاموا بهذه المهمة كما ينبغي، لكان بإمكانهم أن يفطنوا إلى العيب الذي وقع في الأعمال"[3].

ويفترض القضاء الفرنسي خطأ المهندس بمجرد ثبوت خطأ من جانب المقاول، ففي حكم قديم له، جاء فيه : " كلما ظهر عيب في البناء، كان خطأ المقاول مؤكدا، ويستخلص منه بالضـــــــــرورة خطأ المهندس"[4]، وقد تبنى قضاء مجلس الدولة الفرنسي نفس التصور، حيث جاء في حكـــم له: " أن زيارات المهندس ولو منتظمة لموقع العمل لا تكفي كدليل على أن المهندس قد أحس الاضطلاع بمهمة الرقابة على تنفيذ الأعمال"[5].

1- Soinne (B), op.cit., p. 605.

2- Bricmont cité par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 92، هامش رقم: (71)

3- Civ.4 Juill.1973., D.1974, J, 233, Note J.Mazeaud ; En même sens, Civ. 25 mai 1976 Bull.civ.1976, n 222, p. 170 Cités par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 93، هامش رقم:(77)

4- Req.16 Mai, 1904, D.1905, 1, 352 et en même sens ; Nime 8 janv. 1945 cités par: محمد شكري سرور، نفس المرجع، ص 94، هامش رقم: (79).

5- Conseil d'Etat, 16 juin 1965 cité par : محمد شكري سرور، نفس المرجع والصفحة، هامش رقم:(81)

إذن، فخطأ المقاول في التنفيذ يعد قرينة على إهمال أو تقصير المهندس المعماري في الرقابة على الأعمال[1]، أي أن خطأ المهندس في الرقابة يفترض لمجرد وقوع خطأ من المقاول في التنفيذ[2]، وهذا الحل لا يمكن تبريره إلا من الناحية العملية، إذ يعتبر مفيدا للمالك الذي يستطيع مطالبة المهندس في جميع الحالات دون البحث فيما إذا كانت رقابته دون المستوى المطلوب أم لا[3].

وتتلخص مهمة الرقابة على الأعمال في الملاحظة اللصيقة أو عن قرب[4] التي يباشرها المهندس المعماري على المقاول فيما يخص تنفيذه للعمل من الناحية الفنية[5]، والتأكد من مطابقة الأعمال للتصاميم الموضوعة والمقايسة[6] الكمية والفنية(الوصفية)، وللقوانين[7].

وعلى العموم، لايمكن حصر مختلف الأدوار التي تدخل ضمن هذا الالتزام، فهذه مسألة تقديرية يتولاها قاضي الموضوع[8]، ومع ذلك، يمكن أن تندرج ضمن مهمة الرقابة على التنفيذ المهام الآتية:

- مراجعة التصاميم[9]، والتحقق من حالة التربة.
- الرقابة على تنفيذ أعمال الخرسانة المسلحة، وغيرها.
- التأكد من سلامة المواد وصلاحيتها للبناء قبل استعمالها.

1- V. Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p.197.

2- يظهر من استقرار أحكام القضاء الفرنسي أن مسؤولية المهندس المعماري تعتبر أشد من مسؤولية المقاول، فإذا كان هذا الأخير يسأل فقط عن أخطائه في التنفيذ، فإن مسؤولية المهندس المعماري لا تقوم عن العيب في التصميم فقط، بل تقوم عن أخطاء المقاول في التنفيذ أيضا، وبذلك، فإن مسؤولية المهندس المعماري تعد أوسع وأشمل من مسؤولية المقاول، والسبب في ذلك يرجع إلى تنوع مهامه وتعددها من جهة، وشموليتها من جهة أخري.

3- V. Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p.197.

4 - نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 45.
5- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 78.
6- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 402.
7- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 100.
8- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 79.
9- يلتزم المهندس المشرف على الأعمال بمراجعة التصاميم الموضوعة من طرف مهندس آخر قبل وضعها موضع التنفيذ.

المطلب الثـــــــالث:

دور المهندس المعمـــاري عنـــد استـــلام الأعمـــال

تنحصر الوظائف التي يؤديها المهندس المعماري خلال هذه المرحلة الأخيرة من المشروع أساسا في واجب تقديم المساعدة لرب العمل عند تسلمه للبناء من المقاول، وهذا ليس إلا تنفيذا لالتزامه بتقديم النصح Le rôle de conseil [1].

وبالأحرى، ألقى القضاء الفرنسي على عاتق صاحب العمل والمهندس المعماري في إطار تمديد التزامهما بالنصح، التزاما بتقديم المساعدة عند استلام الأشغال[2].

ويأخذ التزام المهندس المعماري بالنصح خـــــلال هذه المرحـــــلة من المشـــــــروع، شكل التحفظات وليس رفض التنفيذ[3]، لأن أعمال البناء قد تم تنفيذها[4].

ولقد أشار المشرع إلى الالتزام بالتعاون وتقديم المساعدة بين أطراف عقد الاستشارة الفنية أي بين كل من صاحب المشروع وصاحب العمل في المادتين 18 و19 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ فـــــي: 15 ماي 1988 المذكــــــــور آنفا، التـــــي نصت على " أن العلاقة بين صاحـــب المشروع وصاحب العمل هي علاقة تعاون"، وما يؤكد ذلك هو اعتبار المهندس المعماري مستشار عميله[5].

وعلـ ـ ـى ذلك، فالالتزام بالإعلام يعتبـ ـ ـ ـر التـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـزاما تبادليـ ـ ـ ـا، حيث يلتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـزم رب العمل كذلك بإعـ ـ ـ ـلام

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 89.

2- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 198.

3- J.Catz, Les constructeurs et le risque de sol, 1er éd, Le moniteur, Paris 1981, p. 144 cité par :

أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 403، هامش رقم:(1).

4- أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 403.

5- راجـ ـ ـع المادة 14 من المرسوم التشريعـ ـ ـ ـ ـ ـي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشـ ـروط الإنتـ ـ ـ ـ ـ ـاج المعمـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

المشيدون بشروط تنفيذ الأشغال وبخصوصيات الأرض[1].

ولما كان الغرض من الالتـ ـ ـ ـزام بالنصـ ـ ـح عند الاستـ ـ ـلام هـ ـو التثبت مـ ـن حسـ ـن التنفيذ، فإنه لا يمكن تصـ ـور وجـ ـوده على عاتـ ـق المقاول خلال هذه المرحلة من المشروع[2]، ومنطقي ألا يلتزم المقاول بالتزام يجعل منه رقيبا على نفسه ومراجعا لما أداه من عمل[3]، كما أنه لا يمكن إسناد هذا الالتزام إلا لمن كان له تخصص فني أعلى، وهو المهندس المعماري[4].

وعليه، فالطرف الذي يراد مساءلته خلال هذه المرحلة من المشروع هو المقاول، طالما أن العيوب والنقائص التي ترد عليها التحفظات هي في الغالب عيوب فـ ـ ـ ـي الصنعة وعدم الإتقان[5]، والأولى أن يسأل المقاول عنها حتى ولو كان التنفيذ يجري بإشراف المهندس المعماري.

ولكن قد يتحمل المهندس المعماري المسؤولية[6] إذا لم ينبه عميله إلى وجود عيب ظاهر[7]، ويقع على رب العمل في الواقع إثبات الضرر النات ـ ـ ـ ـ ـج عن واقعة غياب التحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـفظ الذي

- -

1- Caas.civ1., 17 mars 1969, D., 1969, p.532 cité par : Le tourneau (Ph), op.cit., p. 472. Voir aussi, Liet-Veaux(G), op.cit., p. 117.

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 311.

3- نفس المرجع، ص ص 311، 312.

4- راجع، مجلة القانون العقاري، 1979، ص 67. راجع كذلك، مجلة Moniteur، نوفمبر 1982، عدد17، ص 95 مشار إليهما في: أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 312، هامش رقم: (1).

5- راجع، المادة 10 نقطة 8 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

6- يمكن استخلاص إمكانية مساءلة المهندس المعماري عن إخلاله بواجب إظهار العيوب في العمل من خلال العبارة الآتية: " يلتزم المهندس المعماري عند الاستلام المؤقت بالإدلاء بالتحفظات **الواجب الإشارة إليها**.." راجع المادة 10 نقطة 8 من نفس القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المذكور سابقا.

7- Civ3., 16 dcé. 1970, Bull.civ. III, n171 ; 17 févr.1982, Bull.civ.III, n49 ; 30 oct. 1991, Bull.civ.III, n250, CA Paris, 18 janv. 1994, RDI 1994, p.254 cités par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 190, note(4).

أفقده حق إصلاح المنشأة غير المكتملة، والمطالبة بتعويض هذا الضرر من المهندس المعماري[1].

ويجب أن نفرق هنا بين مسؤولية المهندس المعماري عن إخلاله بواجب النصح خلال عملية الاستلام ومسؤوليته عن عيوب التنفيذ Malfaçons نتيجة إخلاله بالتزامه بالإشراف على الأشغال.

ولأجل ضمان تنفيذ صاحب العمل لمهمته بتقديم المساعدة لعميله بنزاهة، نفضل أن يكـ ـ ـ ـون المهندس الذي يكلّف بالقيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـام بهذه المهمة غيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر

المهندس الذي قام بالإشراف على تنفيـــــــذ الأعمال، وذلك منعا لأي تواطؤ أو تآمر قد يحصل بين المقاول والمهندس المشرف إضرارا بحقوق رب العمل.

وتطبيقا لواجب تقديم المساعدة لرب العمل، يلتزم المهندس المعماري عند الاستلام المؤقت بالإدلاء بالتحفظات الواجب الإشارة إليها، وإدراجها في محضر يعد لهذا الغرض، وهذه التحـــــفظات تنـــصب خاصة على عيـــــــوب فـــــي العمل وعدم الإتقان، وكل نقص آخـــــــر ملاحـــــــظ وكذلك عدم تنفيذ الخدمات المنصوص عليها في الصفقة[2]، كما يلتزم أيضا بالسهر على رفع التحفظات، ويقترح على رب العمل الاستلام النهائي، على أن يتم كل ذلك في محضر يوقعه المقاول والمستشار الفني ورب العمل[3].

و إذا ثبت للمهندس المعماري بعد انقضاء فتـــــــــــرة الضمان[4]، سلامـــــــة المنشأة المنجـــزة، فإنه

1- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 190.

2- راجع المادة 10 نطة 8 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

3- راجع، المادة 10 نطة 9 من نفس القرار.

4- يقصد بفترة الضمان تلك Garantie Parachèvement أي ضمان شبه الإنجاز، وبموجبه يتعهد المقاول خلال الأجل المحدد بالصفقة بعد الاستلام المؤقت، بعلاج الخلال التي قد تظهر في المنشأة. راجع في معنى قريب:
Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 191.

يقترح على رب العمل رفع اليد على الكفالة، وإرجاع مقتطع الضمان لصالح المقاول عند الاقتضاء[1]، وإذا لم يتم النص على أجل الضمان، فإن هذا الاقتراح يمكن تقديمه عند الاستلام دون تحفظات أو بعد رفع التحفظات إن وجدت.

1- راجع المادة 10 نطة 10 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

الفصل الثاني:

ماهية التزام المقاول بتنفيذ الأعمال اللازمة لإقامة البناء

لا يقوم رب العمل بإنجاز البناء بنفسه إلا نادرا، إذ يلجأ في أغلب الأحيان إلى متخصصين في إنجـــــــــــــــاز المباني والمنشآت الثابتة الأخـــــــــــــــــــــرى[1]، ويدعـــــــــــى هؤلاء بمقاولــــــي أعمــــال البنـــــاء Entrepreneurs des travaux de construction. ويسمى العقد الذي يربط المقاول برب العمل بعقد مقاولة أشغال البناء، وهذه التسمية لاقت اليوم استحسانا كبيرا، وهي التسمية المفضلة لدى كثير من الفقهاء[2].

ويعتبر عقد مقاولة البناء أو كما يسميه Mazeaud عقد مقاولة تشييد المباني Contrat d'entreprise de Construction de bâtiments[3] أكثر عقود المقاولة أهمية، ففائدته العملية اليوم معتبرة بسبب الجهود الرامية إلى القضاء على مشكلة السكن، وهذا العقد يخضع للقواعد العامة في عقد المقاولة، ولكنه يخضع أيضا لبعض القواعد الخاصة[4].

وكانت محكمة النقض الفرنسية الغرفة الأولى قد أعطت تعريفا له في 1968، كما يلي:

« Le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécute, en toute indépendance, un ouvrage ; il en résulte que ce contrat, relatif à (de) simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation »[5].

1- يفرض المشرع في المادة 16 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية آنف ذكره، على المرقي العقاري وجوب الاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا، أي أنه يفرض عليه التعاقد مع مقاول مؤهل حينما يقرر القيام بمشاريع بناء جديدة، وهذا الإلزام يعد في الحقيقة ضمان للتنفيذ الجيد للأعمال.

Voir aussi dans le même sens, Saint- Alary (R), op.cit., p. 107.

2- Saint- Alary (R), Ibid., p. 108.

3- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., p.560.

4- Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 560.

5- Cass.civ1, 19 fév.1968, Bull.civ.I, n°69; D., 1968.393; JCP G, 1968.II.15490; RTD civ., 1968.559, Obs. G.Cornu.

وقد استخلص هذا القرار، أنه إذا تعلق العقد بمجرد أعمال مادية، فإنه لا يمنح للمقاول أية سلطة تمثيلية، بينما الوكالة تعطي

وعرفه جانب من الفقه الفرنسي[1] كما يلي: « Le contrat d'Enterprise est le contrat par lequel une personne, l'entrepreneur ou locateur, s'engage envers une autre, le maitre ou client, à exécuter contre rémunération, un travail indépendant et sans le représenter »[2].

وهذا التعريف يكاد أن يكون مطابقا للتعريف الذي أعطته له محكمة النقض الفرنسية[3].

وينصب عقد مقاولة البناء على شيء مادي، أي أنه يفرض على عاتق المقاول القيام بتقديم خدمة مادية بقصد إنجاز منشأة عقارية[4]. وقد أورد القانون المدني القواعد العامة التي تنطبق على جميع المقاولات ومنها مقاولة البناء[5]، غير أنه أورد في المقابل قواعد خاصة لا يمكن تطبيقها إلا على نوع معين من المقاولات فقط، وهي مقاولات البناء، وتتعلق هذه القواعد في مجملها بالمسؤولية عن ضمان جودة الأعمال وسلامتها من العيوب خلال فترة الضمان الخاص[6].

ويجمع الفقه على أن العلاقة التي تربط بين المقاول ورب العمل تكون منظمة بمقتضى عقـــــــــد مقاولة، يملك قضــــاة الموضوع سلطة سيادية فيـما يتعلق بتكييفه، وهذا لتمييزه عن عقــــود المقاولات الأخرى[7].

الوكيل سلطة القيام بالتصرفات القانونية باسم ولحساب الموكل، لهذا فالمقاول الذي يبني منزلا لا يمثل رب العمل، بل يتصرف شخصيا تجاه العمال أو الموردين الذين .. كما أن المادة 1798 مدني فرنسي تعطي العمال دعوى مباشرة ضد رب العمل، إنه شبيه بالمعيار التقليدي المدرس.

1- Mazeaud (H et L, J), op.cit., p. 540. Voir même définition, Saint- Alary (R), op.cit., p. 108.

2- " عقد المقاولة هو عقد بمقتضاه يتعهد شخص، مقاول أو مؤجر، تجاه آخر، رب العمل أو العميل، بتنفيذ عمل بصفة مستقلة و دون تمثيله، مقابل أجر".

3- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit, p.407, note(2).

4- Mémento pratique, Immobilier (urbanisme, Construction, Gestion, Juridique-fiscal-financier), A jour au 1er avril 1991, p. 515.

5- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 33.

6- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع والصفحة. راجع في هذا المعنى كذلك:

Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., p.560 ; Saint- Alary (R), op.cit., p. 108.
7- Cass.soc., 3 fév.1965 ; Bull.civ.65, IV, n 100, p. 82 cité par : Liet-Veaux (G), op.cit., p. 223

ويكتسي عقد مقاولة البناء الصفة الخاصة أحيانا، ويكتسي أحيانا أخـــــــــــــــرى الصفة العامـــــة وفي كلتا الحالتين يترتب علـى عاتق المقاول التـزام بالبنــــاء Obligation de construire[1] محــــــــــــــــــــــل الآداء فيه، هو تشييد بناء أو منشأة عقارية و تسليمها إلى رب العمل في الأجل خالية من العيوب.

وهذا التقارب الكبير بين العقدين أكده الفقه الفرنسي، حيث قرر بأن عقد الأشغال العامة يقترب من حيث تنفيذه من عقد المقاولة في القانون الخاص من خلال خطين أساسين، فمن جهة يملك الأطراف حقوق والتزامات متشابهة، ومن جهة أخرى، مبدأ القوة الإلزامية للعقد يطبق في الحالتين[2].

وعليه سوف نعرض في هذا الفصل إلى مضمون هذا الالتزام، على أن نرجئ الكلام عن جزاء الإخلال به ضمن الباب الثاني من هذه الأطروحة، ولكن يجب أن نعرض لمفهوم التزام المقاول بالبناء أولا(**المبحث الأول**) لاسيما من حيث مصدره، ثم مضمونه(**المبحث الثاني**).

1- حق البناء في القانون الجزائري ليس حقا مطلقا، إذ يخضع استعماله لقيد رخصة البناء. راجع المادة 50 فقرة 2 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم بقانون رقم: 04-05، مذكور سابقا.

2- V. Marcel(S), op.cit.., p. 20.

المبحث الأول:

مفهوم التزام المقاول بإنجاز المنشأة العقارية[1]

تسنـد مهمـة تنفيـذ الأعمـال فـي الكثيـر الغـالب إلـى مهنـي يحتـرف ممارسة نشـاط البنـاء يعـرف عـادة بمقاول المباني، يتم اختياره وفقا لأساليب خاصة[2] من طرف رب العمل[3]، لأجل القيام بهذه المهمة.

1- لقد أشار المشرع إلى التزام المقاول بتنفيذ أشغال البناء في عدة مواد وفي أكثر من قانون، نذكر منها ما يلي: المادة 554 ما بعدها من القانون المدني، المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المادة 2 نطة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 95-414 المؤرخ في: 9 ديسمبر 1995 المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، ج.ر، عدد 76، المواد 175، 177، 178 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم بقانون رقم: 06-04 مؤرخ في: 20 فيفري 2006، ج.ر، عدد 15، المادة 10 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، وخاصة نطة 1 و2 منه، المادة 2 و3 فقرة أولى من المرسوم التنفيذي رقم: 93-289 المؤرخ في: 28 نوفمبر1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج.ر، عدد 79، معدل ومتمم، والمادة 2 فقرة أولى من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بقانون رقم: 11-04. وقد نصت على هذا الالتزام بشكل واضح، المادة 29 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تعرضت إلى موضوع صفقة الأشغال بقولها:"تهدف صفقة الأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف المقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع". وتشمل الصفقة العمومية للأشغال حسب المادة 29 فقرة 4 من نفس

المرسوم، "بناء أو تحويل أو صيانة أو تأهيل أو تجديد أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات الضرورية لاستغلالها". وقد كانت المادة 1/9 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، تنص على " أن تنفيذ الالتزامات الملقاة على المقاول يجب أن تنفذ تنفيذا مطابقا".

2- راجع المادة 59 والمادة 39 وما بعدها من المرسوم الرئاســي من رقم: 15-247 المتضمن تنظيـــــم الصفقات العموميـــــــــــة وتفويضات المرفق العام المذكور آنفا، والمادة 8 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

3- راجع المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا. راجع أيضا المادة 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، التي تنص على محتوى مهمة المساعدة في اختيار المقاول بناء على طلب رب العمل.

كما نصت على قيام المقاول بانجاز بناء ما أو تحويله بتفويض من رب العمل، المادة 9 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

وفي هذا الصدد، ينبغي على المهندس المعماري تقديم المساعدة لرب العمل لاختيار المقاول الذي تسند إليه مهمة تنفيذ المشروع[1].

ويقصد بمهمة تنفيذ الأعمال نقل الرسومات والتصاميم الهندسية من حيز نظري إلى حيز الواقع، وذلك عن طريق خلط مواد مختلفة، وإقامة أعمدة حديدية متماسكة تعرف بأساسات البناء، ووضع الأعمدة والمحاور الأساسية، وذلك وفقا لنسب محددة متعارف عليها وفقا لما جاء في التصميم المعماري السابق الذي وضع من طرف المهندس المعماري[2].

وعموما، يقصد بعملية التنفيذ المادي للبناء، إنجاز الأشغال المختلفة المتعلقة به، وهي مختلف العناصر الإنشائية والتجهيزية التي تشكل في مجموعها ما يعرف بالبناء، وبالتالي فالهدف من التنفيذ هو تجسيد البناء المراد تشييده على أرض الواقع، بحيث يصبح حقيقة ملموسة وليس مجرد رسم هندسي ليس له وجود مادي.

وعلى ذلك، فالتنفيذ هو نقل الرسم الهندسي إلى الواقع العملي، بحيث يصبح له وجودا ماديا أو حيـــــــــزا مكانيا يشغله، وذلك عن طريق خلط مجموعــــــــــة من المـــــــــواد وتركيبها بعضها مــــــــع بعض، وجعلها شيئا واحدا، وصبها في القوالب المخصصة لها، بحيث تكون في النهاية البناء المطلوب،...[3].

ويجـــــب على المقاول أن يقوم بالتنفيذ حسب الشروط المتفق عليها في العقد المبرم بينه وبين رب العمـــــل[4]، وطبقا للتصميـــــــم والمقاييسات، والتـــــــــي يجـــــــب أن تكـــــــون هـــــي الأخرى متفقة

- -

- -

1- راجع المادة 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

2- فاطمة عمراوي، المسؤولية الجنائية لمشيدي البنـــــــاء: مالك البنـــــــــــــاء، المهندس المعماري(المصمم، المشرف على التنفيـــــــــــذ) و المقاول، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق- بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 202.

3- عبد الرازق حسين يسن، مرجع سابق، ص 774.

4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 324.

مع ما توجبه أصول الصنعة وقواعد الفن، وما تنص عليه اللوائح والقوانين[1].

كما يجب على المقاول أن يراعي في التنفيذ ما يصدره إليه المهندس المعماري من تعليمات حـول طريقة التنفيذ، وكيفية استخدام المواد، وباقي الجوانب الأخرى لعملية التنفيذ الخ، وفي هذا السياق، يلزم المهندس المعماري ببيان أقوم الطرق للتنفيذ وأحسن السبل للاستخدام دون لبس أو غموض، وذلك حتى يأتي التنفيذ سليما خاليا من العيوب[2].

ولكن، لا يمكن إسناد تنفيذ الأشغال إلا لمقاول مؤهل من الناحيـــــــة التقنيـــــــــــة والمهنيـــــــــــــة والمالية، أي يجب أن يكون المكاف بالإنجاز قادرا على تنفيذ الأشغال محل الصفقة، وقد نصت على وجوب توفر هذا الشرط، المادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تقضي بأنه: " لا يمكن إسناد الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها "، والمادة 54 من نفس المرسوم، التي توجب التأكد من قدرات المرشح أو المتعهد قبل القيام بتقييم العروض التقنية.

ويخضع تنفيذ عقد مقاولة البناء في القانون العام لمبدأ **الالتزام بالتنفيـــــــذ الشخصـــــــــــي**[3] وذلك على غرار كل العقود الإدارية، نظرا لارتباط هذه العقود بمفهوم المرافق العامة، والتنفيذ الشخصي لا يقصد به التنفيذ المادي للعقد من طرف المتعاقد مع الإدارة بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن التنفيذ[4].

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 323.

2- نفس المرجع والصفحة.

3- وهذا خلافا لعقد المقاولة في القانون الخاص الذي لا يخضع تنفيذه للمبدأ المذكور، ما لم يرد شرط في العقد يقضي بوجوب تنفيذ المدين (المقاول) لالتزامه بصفة شخصية، أو تأبى طبيعة الالتزام التنفيذ من غير المدين. راجع المادة 564 فقرة أولى من ق.م. ولكن عقد المقاولة الذي ينصب على تشييد الأبنية يفترض دائما الإعتبار الشخصي في من يعهد التنفيذ إليه نظرا لخصوصية محله بسبب ارتباطه بالسلامة العامة.

4- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة منتوري- قسنطينة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 238.

إن عقد الأشغال العامة يتم إبرامه مع المتعاقد الذي يخضع اختياره لاعتبارات شخصية معينة تتوافر فيه، وهذه الاعتبارات تتمثل على وجه الخصوص في الصفات المهنية الشخصية للمقاول من حيث مدى كفايته المالية، ومقدرته الفنية، وسمعته في السوق[1]. إذن، يتعلق الأمـر بعقد يقوم إبرامه على أساس الاعتبار الشخصي، وبالتالي يجب تنفيذه بصفة شخصية.

وقبـــــــــــل أن نتطرق إلى مسـألة إسنـــاد مهمـــــــــــــة التنفيـــــــذ إلى المهني المعني(**المطلب الثاني**) يجـــب أن نحـــدد المقصـــود بالشخص الذي يقوم بهذه المهمة أولا(**المطلب الأول**)، على أن نحاول في(**المطلب الثالث**) بيان مدى تأثير عامل توريد الأرض ومواد البـناء على صفة القائم بالتنفيـــــذ.

المطلـــب الأول:

مفـهوم المقـاول المنــفذ لأعمـــال البنـــــاء

المقاول هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعهد إليه عادة بتنفيذ العمل محل العقد المبـــــــــــرم مـــــع رب العمل، ســــــــــواء كان هذا العمـــــــــــل ماديا(مقاول البناء) أو ذهنيـــــــــا. وبذلك، فإن المهندس المعماري يكون مقاولا بالمعنى الفني للكلمة[2]، ولكن يشترط في المقاول أن يؤدي عمله بشكل مستقل عن عميله(رب العمل) وإلا كان تابعا وليس مقاولا، فليس كل من يقوم بأداء عمل لحساب آخر يكون مقاولا، فقد يكون تابعا مثل العامل والوكيل.

ولما كان دور المقاول يتمثـــــــــــل فـــــــــي التنـــــــفيذ المـــــــادي لعمليـــــــــــة البنـــــــــــــاء، فقد سمـــــــــــي بالمنفـــذ Exécutant[3]، وبذلك فهو يختلف عن المهندس المعمـــــاري، كما أنه يختلف عن المرقـــــــــي الذي

1- علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 239. راجع حـول معايير اختيار المتعامـل المتعاقد(المقاول) المادة 54 فقرة والمادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 18.

3- محمود النفوري، التزامات البنّاء ومسؤوليته عن تصدع البناء، مجلة المحامون السورية، الأعداد(4، 5، 6)، 1992، ص

تتولى عادة المبادرة بعملية البناء وإدارتها.

وتجـدر الملاحظة أن نشاط البناء لا يعتبـــــــــر بخلاف العمل المعماري مهنة منظمــــــة قانونا غيـــــر أنه يشترط في من يكلف بتنفيذ صفقات الأشغال[1]، والمشاريع العقارية[2]، أن يكون مقاولا مؤهلا.

بادئ ذي بدء، يجب اعطاء تعريف لكلمة " مقـــاول" (**فرع أول**)، لكـــــــــــي يتسنــــى تمييزه عـــــــن " المرقــي"(**فرع ثان**).

الأول الفرع: تعريف المقاول المنفــــــذ:

المقاول لغة، اسم فاعل، من قاول وجادل وفاوض، فهو مفاوض[3].

أما المعنى الاصطلاحي لمقاول البناء، فهو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تسند إليه مهمة انجاز أعمال البناء أو تجديد بناءات قائمة أو تدعيمها أو تعديلها، ويسمى في قانون الصفقات العمومية بالمتعامل المتعاقد، وهو إما أن يكون متعاملا وطنيا أو أجنبيا[4]، وفي هذه الحالة الأخيرة يكتسي عقد مقاولة البناء الطابع الدولي[5]، لاشتماله على عنصـــــــــــــر أجنبـــــــــي وهو تعدد أماكن مؤسسات الأطراف و/أو تشييد عقار على إقليم دولة أجنبية[6].

والمقاول حســــــــب البعض هو: " كل شخص طبيعـــــــــي أو معنــــــوي يقـــــــــــــوم بالبنـــــــــاء أو التشييـــــــــــــد

----

318. راجع في نفس الوصف: Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 65.

1- راجع المادة 53، والمادة 54 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

2- راجع المادة 16 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04، يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

3- محمود النفوري، مرجع سابق، ص 318. راجع أيضا، هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الأصول الفنية في البناء(دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار النهضة العربية، 1994، ص 24.

4- راجع المادتين 37، 38 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المذكور آنفا.

5- Jean-Pierre Rémery, « Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d’immeuble », Recueil Dalloz Sirey, 1985, 37e Cahier, Chronique XLIII, p.256.

6- Rémery(J.-P), Ibid., p.256.

أو أعمال التنفيذ، أو يتحمل مسؤولية إنجازها، وفقا لما يقدم له من تصميمات ونماذج"[1].

وعرفه آخر بأنه: الشخص الذي ينفذ ماديا البناء الذي وضع المهندس تصميمه[2]، ويتسم نشاطه بالطابع المادي، فهو من يتولى تنفيذ محتوى عقد المقاولة[3].

وعلى ذلك، فالمقاول هو ذاك الطرف الذي يتحـــــــمل مسؤولية تنفيذ الأعمال (مشروع البناء) بناء على عقد المقاولة المبرم مع رب العمل، في مقابل أجر معلوم[4].

وقد عرفه المشرع في المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بممارسة مهنة المهندس المعماري المذكور آنفا، تحت تسمية أخرى[5]، كما يلي: " يقصد به، كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء ما أو تحويله".

وعليه، فالمقاول هو كل شخص طبيعـــي أو معنوي يتعهد نحـو عميله بإنجاز بناء ما أو تحويله، وفق شروط ومواصفات معينة، خلال أجل محدد، وفي مقابل أجر.

وعموما يتعهد المقاول، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي من أشخاص القانون الخاص وطني أو أجنبي، بموجب العقد الذي يربطه برب العمل بتشييد بناء أو منشأ ثابت آخر لحساب هذا الأخير الذي قد يكـــــون فردا أو شركة أو مؤسسة عموميـــــة ذات طابع إداري أو للدولة أو إحدى فروعها، إذا أبرم على أساس كونه عقد مقاولة لا عقد أشغال عامة[6].

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 42.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 19.

3- هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص 25.

4- الأجر هو ركن من أركان عقد المقاولة، غير أن تعيينه ليس شرطا لصحته، وقد نص عليه المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور آنفا، في المادة 2 منه، باعتباره أحد العناصر الجوهرية المميزة للصفقة العمومية.

5- لقد أطلق المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994، على الأشخاص المتدخلين في الهندسة المعمارية أسماء جديــــدة، وهي: صاحب المشروع، وهو رب العمل، وصاحـــــب المشروع المنتدب، ويقصـــــــد به المقاول، وصاحب العمـــــــل، وهو لفظ مرادف لكلمة مهندس معماري.

6- محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، د. ط، دون دار نشر، 1977، ص 54.

ويرتبط المقاول على غرار باقي الأشخاص المتدخلين في البناء بشكل حر مثل المهندس المعماري مع رب العمل بعقـــــــد إيجـــــــــار عمــــل Contrat de louage d'ouvrage أي بعقد مقاولة[1]، وخلافا للمقاول الفرعي Sous-traitant الذي يرتبط تعاقديا مع المقاول الأصلي، لذا فإنه يتعهد أمام هذا الأخير وليس تجاه رب العمل الذي يعتبر بالنسبة له من الغير حتى ولو كان مقبولا لديه (رب العمل)، وفي هذه الحالة يبقى المقاول الأصلي مسؤولا تعاقديا تجاه رب العمل عن أخطاء المقاول الفرعي[2] في تنفيذ الأشغال[3]، كما لو كانت قد صدرت منه شخصيا[4].

وبالأحرى، يبقى المقاول الأصلي هو الضامن لحسن تنفيذ الآداءات المتعهد بها تجاه رب العمل دون أن يستطيع التمسك بفعل المقاول الفرعي[5].

ومع التطور التقني، ازداد عدد المقاولين المشاركين في تشييد المنشأة بشكل كبير، فإلى جانب الحرف التقليدية(البناء، المدلس، اللّحام، المبلّط مثلا)، لاحظنا ظهور مختص فـــي المصاعــد والمدافئ الخ، وهو ما طرح مشكل التنسيق. وتقع هذه المهمة من الناحية العمليـــــة إما على المهندس المعماري أو مكتب الدراسات، وإما على مقاول الأشغال الكبـــــــــــرى، كما تقع في الوقت الحاضر كذلك على عاتق مهني متخصص في هذه الوظيفة[6].

ومن الناحيـــــــة القانونيـــــة الاضطلاع بمهمة التنسيق من طرف المقاول ينتــــــج عـــــن إحـــــــــــــــــدى

1- Liet-veaux (G), op.cit., p. 225.

2- راجع المادة 564 فقرة 2 من ق.م. راجع كذلك المادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

3- أحمد عبد العال أبو قرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية في ضوء الفقه و أحكام القضاء والتشريع المقارن، مرجع سابق، ص 73.

Voir aussi dans le même sens, Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 11.

4- أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 110.

5- Sériaux(A), op.cit., p. 293.

6- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 71.

النموذجين الآتيين: المقاولة العامة، والمقاولة الرائدة Entreprise pilote[1].

فالمقاول العام يتعهد بإنجاز العمل كله، إما بنفسه، وإما بواسطة المقاولة من الباطن[2] حيث يكلّف عدة مقاولين فرعيين لإنجاز بعض أجزاء المنشأة مع احتفاظه بسلطة توجيه[3] هؤلاء المقاولين والتنسيق فيما بينهم، وفي كل الأحوال، يبقى هو المسؤول الوحيد تجاه رب العمل عن أخطائهم[4].

أما مهمة التنسيق التي يقوم بها المقاول الرائد Entrepreneur pilote، فتظهر من خلال تعاقده مع رب العمل مرة باسمه الخاص، وكوكيل عن مجموع المقاولين، هذا المجموع ليست له أي شخصية قانونية، ما يعني ارتباط رب العمل بعقد مع كل واحد من المقاولين الخاصين وتبعا للحالات، يتعهد أعضاء هذا المجموع منفردين غير متضامنين، بينما يتحمل المقاول الرائد مهام التنسيق[5].

وبمعنى آخر، يتعاقد رب العمل بموجب هذا النموذج من المقاولات مع عدد من المقاولين على وجه الاستقلال كل حسب تخصصه، على أن يقبل واحد منهم في مقابل أجر القيام بمهمة خاصة، تتمثل في ضمان التنظيم العام في مكان العمل وتنسيق الأشغال.

وعلى العموم، فإن مقاول الأشغال الكبرى هو الذي يأخذ على عاتقه القيام بهذا الدور[6] وفي هذه الحالة، فإن باقي المقاولين ليسوا مقاولين فرعيين، ولكنهم des cotraitants أبرموا عقودا

مستقلـــــــــــــة مـــــــــــــــع رب العمل كـــــــل حـــــسب تخصصـــــــــــــه، لكنهـــــم قبلـــــــــــوا إتبـــاع توجيهـــــــات

1- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 71.

2- Ibid., p.71.

3- Zahi (A), op.cit., p. 593.

4- Ibid., p.593.

5- E.Ducasse, Les groupements momentanés d'entreprises, th. Paris II, 1987 cité par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., pp.71, 72, note(1).

6- Zahi (A), op.cit., p. 593.

الرائد (القائد) الذي يتعهد بتقديم عمل التنظيـــــم، وهذا النموذج للمقاولة كرس ميدانيا فـــي بلادنا[1].

ويعتبر نظام المقاولة العامة هو الأفضل بالنسبة للإنجازات الصغيرة، أما بالنسبة للبرامج الكبرى، فإن المرقي يرصد كل طاقاته في مجمع، لكي يكون نشيطا ويعتاد على العمل المشترك. ولكن، نظرا للعوز الاقتصادي، يقـوم بعض المرقيـــــن بتوظيف منفصــــل لمختلف أصناف الحرف، ويقومون بالتنسيق فيما بينها بواسطة مصالحهم الخاصة، وبالتالي تحميلهم جزءا من المسؤولية في حالة سوء الصنعة[2].

الفرع الثاني: تمييز المقاول عن المرقي العقاري[3]:

المرقون العقاريون هم أشخاص جدد على مسرح البناء، يمارسون نشاطهم إلى جانب الأشخاص الآخرين القائمين بالبناء ألا وهم، الحرفي Macon، مقاول البناء، المهندس المعماري، المهندس الاستشاري وغيرهم[4].

والمتعامل العقاري يمكن أن يكون متعاملا عقاريا عاما، مثل مؤسسة ترقية السكن العائلـ ـ ـ ـ ـي(EPLF) وديـ ـ ـوان الترقيـ ـ ـة والتسيير العقاري(OPGI)، أو خاصـ ـا، ولكـ ـ ـ ـ ـ ـل منـ ـهما تقنياتـ ـ ـ ـ ـ ـه وخصوصياته[5].

وقد يلتبس مفهوم المقاول مع مفهوم المرقـ ـ ـي العقاري في حالة ممارسة هذا الأخيـ ـر لأعمـ ـ ـ ـ ـال

1- V. Zahi(A), op.cit., p. 593.

2- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 71

3- يسمى المرقي العقاري في اللّغة الفرنسية "Promoteur immobilier"، وهذا المصطلح يقابله في اللغة الإنجليزية « Building -développa ». ويعرف في الفقه المصري بالمنمي العقاري تارة، وبالممول العقاري تارة أخرى، وغيرها. راجع عبد الرازق حسين ياسين، مرجع سابق، ص 538.

4- نصيرة تواتي، نظام المتعامل في الترقية العقارية (المتعامل الخاص)، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 01.

5- نصيرة تواتي، نفس المرجع، ص 8.

البناء، علما أن الوظيفة الأساسية للمرقي ليست البناء، وهو الاعتقاد السائد في الوقت الحاضر لدى كثير من الناس، وإنما المبادرة بالعملية العقارية وإدارتها من مختلف الجـ ـوانب الإدارية والقانونية و المالية..الخ. وقد يحصل الالتباس بين المفهومين كذلك إذا امتهن المقاول من الناحية العملية نشاط الترقية العقارية[1].

وهكذا، لا يجوز للمرقي حسب المادة 16 فقرة أولى من قانون رقم:11-04 الذي ينظم نشاط الترقية العقارية آنف ذكره، القيام بتنفيذ أشغال البناء بنفسه، إذ يفرض عليه المشرع الاستعانة بخدمات مقاول مؤهل، وهذا المنع يعد في حد ذاته ضمان لنجاح المشروع.

والمنع المفروض على المرقي بموجب المادة المذكورة، جعله يحتل قانونا مركز رب العمل في علاقته بالمقاولين والمهندسين المعماريين الذين يرتبطون معه بعقود مقاولة[2]،

وفي هذا السياق يرى البعض أن عقد المقاولة الذي يبرمه المرقـــــــــي مع المقاول يكـــــــــون مزدوجا، وكالة ويصبح عقد ترقية عقارية[3].

ولعله من المفيد التطرق ولو بشيء من الإيجاز إلى التزامات المرقي **(ثانيا)** تجاه زبائنه(المقتنين)، وذلك بعد تحديد دوره في العملية الإنشائية **(أولا)**، وإن كان لا يقوم بتنفيذ أشغال إنجاز المنشأة بنفسه إلا أنه يتحمل بالتزامات مؤجري العمل[4].

1- لعل هذا الفرض الأخير كان أحد الأسباب الحقيقية التي كانت وراء اصدر قانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- راجع المادة 16 والمادة 46 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

3- Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p. 516.

وعلى ذلك، لا يمكـــــن التكلم عن الترقيـــــــــــــــة عنـــــــدما يسنـــد المالك المستقبـــــــي Futur propriétaire إنجـــــــــــــــاز العقـــــــــــار مبـــــاشـــــــــرة للمهندسيــــن والمقاولين. راجع: Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 2.

4- راجع المادة 49 من قانون رقم: 04-11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

أولا- دور المرقي:

المرقي في الغالب هو مالك الأرض التي يشيد عليها البناء، كما أنه هو الذي يتحمل تكاليف الانجاز(تمويل العملية). و على العموم، يعتبر المرقي مؤجر عمل، ولكن إذا قام بالتشييد، فإنه يكون بائعا سواء باع العقار تحت التشييد أو بعد إتمام إنجازه (اكتماله)، غير أن صفة المرقي تبدو أكثر وضوحا في الحالة الأولى[1].

وقد قامت المحاكم في فرنسا بتحديد مفهوم المرقي انطلاقا من تحليل نشاطه، حيث صرحت بأن: " دوره لا ينطوي فقط - بصفته مهني- على أخذ مبادرة عملية البناء، لكن

كذلك العناية الرئيسية بالعملية"« Le soin principal de l’affaire »[2] ، بمعنى أنه يتولى متابعة تنظيم العملية من الناحية التقنية، كما من الناحية المالية والقانونية، والسهر على حسن سير وإنهاء أشغال البناء[3].

وتجدر الإشارة هنا، أن المرقي أصبح ملزم قانونا بضمان حسن إنهاء أشغال البناء، لأن المرقين كانوا في السابق بعد البدء في العملية وتتجيرها لا يولون لها أي اهتمام، ويتركون زبائنهم يختصمون وحدهم المهندسين المعماريين والمقاولين[4].

و عليه، فالمرقي هو " من يبادر بالعملية العقارية ويتولى عنايتها الرئيسية، ويقوم بكافة الأعمال الضرورية لإنجازها[5].

والمرقي حسب الاجتهاد القضائي الفرنسي" هو من يتعهد، إما مباشرة، وإما بواسطة شخص أو شركة وسيطة، بالبناء، أو يورد عقارا يستعمل أساسا في السكـــــــن، ولأجل ذلك يأخــــــــذ المبـــادرة

1- En ce sens, Liet-Veaux(G), op.cit., p. 176.

2- Saint-Alary(R), op.cit., p. 65.

3- Ibid., p. 65.

4- Ibid., p.65.

5- Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p. 564.

بالعملية ويتولى عنايتها الرئيسية"[1].

إن مفهوم المرقي يتضمن في الواقع مبادرات هامة، ونشاطات مختلفة في إطار هدف مربح، يؤدي تخلفه إلى انعدام الغرض من وجوده، ويفقد مبرر المسؤليات الجسام الملقاة علـــــــى عاتقه[2]، فالمرقـــــــي هو من يتصور العملية وينجزها،

ويتحمل مهاما ذات طابع قانوني مالي، إداري، تجاري، جبائي، و تقني، والتي تتضمنها العملية[3].

وأنه بالمقابل مهن يبادر بالعملية العقارية للبناء، ويتولى عنايتها الرئيسية أو التجديد، ويساهم في اقتناء الأراضي أو البنايات، وإبرام الصفقات، وتتجير الأموال[4] فالمرقي كما وصفه البعض هو رئيس أوركسترا Un chef d'orchestre[5]، ومن ثم، فإن الدور الحيوي الذي تتسم به الترقية العقارية يغني عن كل تعريف قانوني أو ديونطولوجي ضيق[6].

ونشاط الترقية العقارية يشمل:

- كل نشاطات اقتناء وتهيئة الأوعية العقارية بقصد بيعها أو تأجيرها.
- كل الأنشطة الوسيطة في المجال العقاري، بيع الأموال العقارية.
- كل أنشطة الإدارة والتسيير العقاري.

1- Le promoteur est « celui qui s'engage soit directement, soit par personne ou société interposée, à construire ou procurer un immeuble à usage essentiel d'habitation et qui, à cet effet, prend l'initiative et le soin principal de l'affaire ». Sur cette notion, voir ce site : www.droitdespromoteurs.com

2- www.droitdespromoteurs.com

3- CA Paris, 19e ch. B, 30 Juin 1988 : Juris-Data n1988-020418.

4- V. Cass.civ3., 26 Juin 1984 : Juris-Data n1984-001548.-Cass.civ3., 15 janv.1997 : Juris-Data n1997-000183.- CA Paris, 19e ch.B, 7 mars1986 : Juris-Data n1986-022432.

5- Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 3.

6- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 176.

لكن في الكثير الغالب لفظ ترقية عقارية ينصرف إلى الأنشطة التي تهدف إلى إنجاز الأموال العقارية Réalisation de biens immobiliers خاصة المساكـ ـن(الشقق) بقصد بيعها أو تأجيـ ـ ـ ـ ـ ـ رها، وهذا ما تم تكريسه قانونا في الجزائر، حيث كانت الترقية العقارية في السابق نشاطا يتعلق بإنجاز عمليات بناء عقاري من طرف المكتتبين[1]، وهو الأمر المكرس ميدانيا أيضا.

والنظام الحديث للمرقي العقاري مرتبط عمليا ببيع العقار تحت التشييد[2].

وحسب المادة 16 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية المذكور آنفا، يضطلع المرقي العقاري بالمهام الآتية:

- يبادر بالعملية العقارية، ويقوم بالتنسيق بين جوانبها المختلفة، الماليـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة والقانونية والإداريـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة ويقوم في الأخير بتسيير المشروع العقاري[3]. إنه يقوم بمهمة شاملة، هي الحصول على الأراضي، بيع العقارات، التعاقد مع المقاولين والمهندسين المعماريين، الحصول على الرخص القروض..الخ، إنه منسق، وبالتالي فهو مقاول[4].

ويتولى المرقي البناء لأجل البيع، وهذا هو وضعه الغالب، مما يعني أنه لا يكون هو المالك النهائي للمشروع(المنشأة)، وإنما يتولى البناء لمن يريد أن يكون مالكا وفق صيغة البيع على التصاميـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ م[5]، ولكن، هذا لا يمنع المرقي أن يقوم بالبناء لأجل إشباع حاجاته الشخصيـ ـ ـ ـ ـ ـة

1- راجع المادة 2 من قانون رقم: 86-07 مؤرخ في: 4 مارس 1986، يتعلق بالترقيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة العقارية التـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي كانت تحصـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ر نطاق

نشاط الترقية العقارية في البناء « La construction » ، غير أن هذا النطاق امتد فيما بعد إلى عمليات التجديد « La restauration » حسب المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بقانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 176.

3- راجع المادة 17 من قانون رقم: 11-04 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

4- Collart Dutilleul (F) et Delebecque(Ph), op.cit., p. 564.

5- البيع على التصاميم هو نوع من البيع، تم استحداثه بقانون رقم: 86-07، يتعلق بالترقية العقارية، وقد أعيد تنظيم أحكامه مرة أخرى بالمرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، ثم بقانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

أو لتأجير البنايات المنجزة[1].

وعليه، فالمقتنين المحتملين الراغبين في الحصول على ملكية عقارية ليسوا أصحاب مشاريع، طالما أنه لا يمكن اكتساب هذه الصفة إلا لرب عمل واحد في الورشة، يكون هو المسؤول عن حسن سيرها إزاء كل الأطراف المشاركة[2].

والمرقي العقاري هو رب عمل قبل كل شيء عكس بعض الأفكار التي نتلقاها، ولكن رب العمل ليس بالضرورة هو المالك، غير أنه يعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينجز المشروع العقاري، بمعنى ذلك الذي يبادر به، ويتصوره، ويموله، ويديره طيلة أجله[3].

وإذا كان المرقي هو صاحب المشروع، فإن مسؤوليته سوف تحرك من طرف ملاك المنشآت التي شيدها أو نقابة الملاك المشتركين، أما إذا لم تكن لديه هذه الصفة، فإن رب العمل هو الذي يستعمل ضده دعوى المسؤولية، والمرقي يمارس إذن رجوعه ضد المتدخلين الآخرين لأجل محاولة إحباط مسؤوليته[4].

لكن ما هي الصفة التي يكتسبها المرقي في القانون الجزائري؟

تتحدد صفة المرقي من خلال الدور الذي يؤديه في عملية البناء، أي بحسب ما إذا كان منجزا أو متعهدا فحسب، ولعل هذه الصفة الأخيرة (متعهد) هي البارزة، كما يظهر ذلك من

نص المادة 16 فقرة أولى[5] من قانون رقم: 11-04 مذكور آنفا، وبالتالي، يكتسي المرقي في علاقته بالمقاول صفة رب العمل[6].

1- راجع المادة 2 فقرة أولى من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، وكذلك المادة 14 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكوران آنفا.

2- www.logementdirect.fr/web/fr/145-le-promoteur-immobilier.ph Consulté le: 20/11/2016.

3- V. Même site.

4- www.droitdespromoteurs.com/category/la-responsabilite-2/

5- " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاولة..".

6- ما يؤكـ______د ثبـ______وت هذه الصفة للمرقـ_____ي هـ_____و ما جـ_____اء بالمـ___ادة 46 من قانون رقـ____م: 11-04 التـ_____ي تحـ____مل مكـ_____اتب الدراسات

ثانيا- إلتزامات المرقي:

يتحمل المرقي بصفته بائعا أي في علاقته بالمقتني أو المالك المحتمل للبناية عدة التزامات[1]، غير أننا نقتصر هنا على تلك المتعلقة بالضمان فقط [2]، وفي هذا الصدد تنص المادة 26 فقرة 3 من قانون: 11-04 آنف ذكره، على: " أن المرقي لا يعفى من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض لها، ولا من ضـ__مان الإنهاء الكامل لأشـ_غال الإنجاز"، ممـ_ا يعني أن المرقي يتحـ_مل نوعين من الضمان، الأول يكون لمدة سنة واحدة، أما النوع الثاني، فيمتد لمدة أطول، هـ_ـي عشر سنوات، مع العلم بأن هذان الالتـ____زامان من النـ____ظام العام[3]، كـ___ما يلتـ____زم المرقـ________ي بتسليم شهادة المطابقة[4].

1- ضمان كمال الإنجاز:

يلتزم المرقي بمقتضى هذا الضمان الخاص لسنة واحدة[5]، بإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيز البناية[6]، وذلك في إطار عقد بيع عقار مبني [7] دون عقدي حـــــــــفظ الحـــــــــق والبيع على التصميم.

إن الغرض من استحـــــــــداث هذا الضمان الجـــــــــديد[8]، هو تحقيـــــــــق مطابقـــــة العقار للشـــــــروط

والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع المسؤولية العشرية.

1- هذه الالتزامات تختلف عن التزاماته حينما يتعامل بصفته وكيلا عن عملائه، وعلى ما يبدو أن هذه الصفة لم يتضمنها قانون 11- 04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- راجع الفرع الثاني من الفصل الثالث من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

3- راجع المادة 45 من نفس القانون.

4- راجع المادة 39 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. وفيما يخص هذه الشهادة يجب الرجوع إلى أحكام القانون رقم: 90-29، المتعلق بالتهيئة والتعمير، المعدل والمتمم، آنف ذكره، وأحكام القانون رقم: 08-15 المؤرخ في: 17 يوليو 2008، يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام انجازها، ج.ر، عدد 44.

5- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

6- راجع المادة 44 من نفس القانون.

7- راجع المادة 26 فقرة 3 من نفس القانون.

8- راجع تفاصيل أكثر حول نظام هذا الضمان وأحكامه، الفصل الأول من الباب الثالث من هذه الأطروحة.

والمواصفات التعاقدية ولقواعد الفن، الأمر الذي دعا البعض إلى تسميته بضمان المطابقة.

2- الضمان العشري:

لاشك أن المرقي يتحمل هذا الضمان صراحة في عقد بيع عقار مبني[1]، ولكن هل يتحمله أيضا في عقدي حفظ الحق و البيع على التصاميم؟

يفرض المشرع في المادة 49 فقرة 2 من قانون 11-04 آنف ذكره، على المرقي أن يطلب من مكاتب الدراسات والمقاولين و شركاءه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة، أي إبرام عقود تأمين[2] من مسؤوليتهم المدنية المهنية التي يمكـــــن

أن يتعرضـــــــــوا لهـــــا، وإلا تحـــــــــــــمل هو شخصيا المسؤولية[3].

وبمعنى آخر، إذا لم يراع المرقي الإلزام القانوني المنصوص عليه بالمادة 49 فقرة 1 و 2 من نفس القانون، فإنه يتحمل شخصيا ماسوف ينجم عن هذه المسؤولية من عواقب، مع أن القانون الحالي لم ينص صراحة على ذلك.

ولقد حدد المشرع في المادة 46 من قانون رقم11-04 الأسباب الموجبة للمسؤولية العشرية، وهي: " زوال كل البناية أو جزءا منها"، وأرجع أسباب هذا الزوال،" إما إلى عيــــوب في البنــاء أو بسبب النوعية الرديئة لأرضية الأساس"[4].

وعيوب في البناء هي عيوب في تشييد المبنى أو المنشأة، بمعنى الأخـــــــــطاء التي تصـدر مـــــن

1- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور سابقا.

2- يجب التمييز هنا بين نوعين من التأمين الإجباري، و هما: أ- التأمين من المسؤولية المدنية المهنية التي يمكن أن تنجم بسبب تنفيذ أعمال البناء (راجع المادة 175 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم. ب- التأمين من المسؤولية العشرية (راجع المادة 178 فقرة أولى من نفس الأمر).

3- لم ينص قانون رقم: 11- 04 صراحة على وجوب تحمل المرقي العقاري للمسؤولية العشرية في حال إخلاله بالإلزام المفروض عليه بأن يطلب من المتدخلين في إنجاز المنشأة التأمين من مسؤوليتهم المدنية المهنية، وهذا خلافا للمرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري الذي كان ينص صراحة على ذلك في المادة 10 فقرة 3 منه.

4- تؤدي هذه العيوب عادة إلى انهيار المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، وهي ذات الأسباب التي أوردتها المادة 554 من ق.م.

المشيدين أثناء تنفيذهم للأعمال و ليس نتائج هذه الأخطاء أي سوء الصنعة.

ومن ثم، فإن عيوب البناء يمكن إرجاعها إما إلى وجود خطأ في التصميم أو إلى عيب في التنفيذ[1].

ونظرا لعدم وجود أي علاقة قانونية بين المقتني (المالك المحتمل) والمتدخلين في عملية البناء، أوجب المشرع على المرقي أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه(المقتنين)[2]، ويتعين عليه بهذه الصفة مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة[3]، غير أن آثار العقود التي تبرم تنفيذا لذلك الإلتزام تمتد إلى المقتنين، وإن كانوا من الغير، وفي ذلك حماية لهم من المتدخلين في البناء.

1- راجع المادة 555 ق. م.

2- راجع المادة 49 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

3- راجع المادة 49 فقرة 2 من نفس القانون.

المطلب الثانـــــي:

اسناد مهمـــة تنفيـــذ الأشـــغال

ليس كل من يقوم بعمل البناء يعتبر مقاولا، بل لابد أن تتوافر في الشخص لكي يوصف بذلك بعض الشروط، وهذه الأخيرة يمكن استخلاص بعضها من خلال نص المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بتنظيم مهنة المهندس المعماري المذكور آنفا، التي أعطت في الواقع تعريفا للمقاول[1]، وهي: تكليف المقاول بالتنفيذ **بطريقة قانونية** لأجل إقامة بناء ما أو تحويله.

كما يجب إضافة شروط أخرى، يمكن استخلاصها من بعض القوانين التي لها علاقة بتنفيذ أشغال البناء، مثل المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور آنفا، ولعل أهمها **قدرة** المقاول على التنفيذ.

ويضيف الفقه فضلا عن ذلك، وجوب قيام المقاول بالإنجاز بشكل **مستقل** عن رب العمل.

وسنحاول بحث كل شرط منهاعلى حدة في فرع مستقل:

الفرع الأول: تكليف المقاول بإنجاز البناء بطريقة قانونية[2]:

إن تدخل المقاول في عملية تنفيذ البناء يكون بناء على دعوة من رب العمل، حيث يتم اخـــــتيار المقاول فـــي الغالب عن طريق إجـــــــــــراء طلب العروض، الذي يشكـــل القاعدة العامــــــــة[3]

1- صاحب المشروع المنتدب حسب المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994 هو: " كل شخص طبيعي أو معنوي **يفوضه** صاحب المشروع **قانونا** بإنجاز بناء ما أو تحويله".

2- لايملك المقاول من الباطن الصفة القانونية لتنفيذ الأشغال في حالة وجود شرط في العقد الأصلي يقضي بعدم جواز التعاقد من الباطن، وهذا ما نصت عليه المادة 564 فقرة أولى من ق.م. ونفس الوضـــــع في حالة التنازل عن العقد لصالح الغير(مقاول آخر)، إذ لا يملك المتنازل له كذلك الصفـــــــة القانونيـــــــــة لتنفيـــــــذ الأشغال مالم يرخص رب العمل صراحـــــــــة للمتنازل بذلك.

3- كانت الصفقات العامة تبرم عن طريق المناقصة كقاعدة عامة، وهذا حسب المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى، المذكور آنفا.

أو وفق إجراء التراضي[1].

وطلب العروض كما عرفــــه المشرع في المادة 40 فقرة أولى من قانــــــون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقـــــــــم: 15-247 هــو: " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء".

وقد يعهد بمهمة اختيار المقاول إلى مهندس معماري بناء على طلب رب العمل، وتتمثل هذه المهمة حسب المادة 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 سابق الذكر، في ما يلي: " تحضير ملف الاستشارة أو طلب المناقصة، وإعانة رب العمل في تحليل العرض أو العروض وتقييم ذلك، فضلا عن تقديــــم العون له في المفاوضات وفـــــــــــي صياغة والضبط النهائي للصفقة التي ستبرم مع المقاول وضبطها نهائيا".

إذن، يجب تكليف المقاول بإنجـــــــــــــــــاز البناء وفقا لأسلوب التـــــــــــــعاقد المسمـــــــــــــــى طلب العروض، لكونه يمثل القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية، والغاية من إتباع هذا الأسلوب في التعاقد هو الحصـــــــــــــــــــــول على أفضل عرض، وهو ليس بالضــــــــــــــــــــــرورة العرض الأقل تكلفة[2] وكل تخصيص للصفقة دون مراعاة أساليب التعاقد المنصوص عليها بقانون الصفقات العمومية يعد صفقة مشبوهة.

وعلى ذلك، لا يجـــــــــور فــي إطار الصفقات العمومية إسناد عملية تنفيذ المشروع إلـــــــــى مقاول

- -

- -

1- راجع المادة 39 من المرسوم الرئاســـــــي رقـــــــــــــــــم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر2015، المتضمن تنظيم الصفقات العموميــــــــــــــــة وتفويضات المرفق العــــــــــــام، المذكور آنفا.

2- En ce sens, Collart(F) et Delebecque(Ph), op.cit., p. 583.

يتم إسناد صفقة إنجاز أشغال البناء حسب المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور آنفا، إلى المقاول الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

من دون إتباع السبل القانونية.

وغني عن البيان، أنه لا يجوز للمقاول الذي أسندت إليه عملية تنفيذ البناء أن يقوم بالتنازل عن الصفقة (العقد) لصالح مقاول آخر دون ترخيص صريح من الإدارة، فهذه القاعدة تصاغ عادة في كراسات الأعبــــــــــــاء، بل وتطبق حتــــــــــى في حــــــــــالة عدم النص عليها ضمن الشــــــــــــروط التــــــــعاقدية، ويترتب على مخالفة ذلك تعريض المقاول لجزاء يمكن أن يصل إلى حد إنهاء العقد[1].

والتنازل الذي يتم دون ترخيص من الإدارة لا يحتج به، أي لا يكون نافذا في مواجهة الإدارة[2] التي لا يربطها أي رباط تعاقدي مع المتنازل له[3]، وفــــــــــي حالة التنازل المرخص بــــــــــــــه فإن المتنازل له يحل محل المتنازل الذي يتخاص من مسؤوليته إلا إذا تضمنت الصفقة أو الترخيص بالتنازل الاحتفاظ بالمسؤولية[4].

كما لايجوز للمقاول بدون ترخيص من الإدارة أن يقاول من الباطن، أي أن يسند إلى مقاول آخر تنفيذ جزء من العمل، وعلى غرار الحالة المذكورة، فإن التعاقد من الباطن Sous- Traité غير المرخص به يكون غير نافذ تجاه الإدارة، ويبرر تطبيق العقوبات[5].

إن عدم جواز التنازل عن إنجاز صفقة البناء أو التقاول مـ ـ ـن الباطن بشـ ـأنها يرجع إلى خصوصية العقود الإدارية بشكل عام، إذ يخضع تنفيذها لمبدأ التنفيذ الشخصي كما أسلفنا القول، أما في نطاق القانون الخاص، فإن عقد المقاولة لا يخضع تنفيذه مبدئيا لذلك.

1- Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 448.

2- C.E, 6 mai 1936, Boutet, R., 505 cité par : Auby(M) et Ducos-Ader(R), Ibid., p. 448, note (1).

3- Auby(M) et Ducos-Ader(R), Ibid., p. 448. Voir aussi dans le même sens :
أسامة محمد طه إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، طبعة أولى، دار النهضة العربية، 2008، ص 62.

4- Auby(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 448.

5- Ibid., p. 448.

الفرع الثاني: قدرة المقاول على التنفيذ:

يشترط حتى يعهد إلى مقاول بإنجاز الأشغال أن يكون مؤهلا في ميدان البناء وترميم المباني طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما[1]. ولإثبات قدرة المقاول على تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة، يجب عليه تقديم شهادة التأهيل(التخصص) والتصنيف المهنيين، إذ لا يجوز تنفيذ الصفقات العمومية التي يكون موضوعها تنفيذ الأشغال إلا من طرف المؤسسات (المقاولات) الحائزة على هذه الشهادة، فهي التي تثبت احترافها لنشاط البناء.

وعليـ ـ ـ ـه يشتـ ـ ـ ـرط في المقاول الذي يكـ ـ ـ ـ ـلف من رب العمـ ـ ـل (الدولة والجماعات المحليـ ـ ـ ـ ـ ـة والهيئـ ـات العموميـ ـ ـ ـ ـة..) بتنفيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـذ الأعمـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـال أن يكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـون حاصـ ـ ـ ـ ـ ـ ـلا علـ ـ ـ ـ ـى شـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـهادة التخـ ـ ـ ـصص والتصنيـ ـف المهنيـ ـ ـ ـن[2]، والتي يستلزمها المشرع

لإبـــــرام صفقات إنجـــــــــاز الأشغال من طرف المؤسسات الوطنيـــــــــة العامـــــــة والخاصة التي تعمل في ميدان البناء[3].

والتخصص يعني حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 83-135 والمرسوم التنفيذي رقم: 93-289 مـدى قدرة المؤسسة بوسائلها الخاصة البشرية والمادية علـــــى إنجـــــــــــــاز الأشغــــــال

1- يشترط في المقاول الذي يعهد إليه تنفيذ الأشغال أن يكون مؤهلا قانونا للقيام بذلك. راجع المادة 16 من قانون رقم: 04-11، يحدد القواعد التي تنظيم نشاط الترقية العقارية آنف ذكره، وراجع على الخصوص المادة 28 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، والمادة 55 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكورين آنفا.

2- راجع المادة الأولى من المرسوم رقم: 83-135 المؤرخ في: 19 فيفري 1983، يوجب على المؤسسات الوطنية العامـــــة والخاصة التي تعمل في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج.ر ص 354.

3- راجع المرسوم التنفيذي رقم: 93-289 المؤرخ في: 28 نوفمبر 1993، يوجب على جمع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج.ر عدد 79، مؤرخة في: 1 ديسمبر 1993، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 05-114 المؤرخ فـــــــــي: 7 أفريل 2005 ج.ر، مؤرخة في: 10 أفريل 2005.

وتعتبر هذه الشهادة حسب المادة الأولى من هذا المرسوم، إجبارية بالنسبة لجميع المؤسسات التي تعـــــــــمل فـــــــــي إطار البنـــــــــاء والأشغال العمومية.

حسب نوعها ودرجة تعقدها المقصودين.

أما التصنيف، فيحدد بناء على معدل عدد العمال المشتغلين سنويا ورقم الأعمال السنوي المحـــــــقق، أهميـــــــة المؤسسة النسبيـــــــــــة وقدرتها علـــــــــى انجـــــــــاز الأشغال ذات الحجــــــــــم المعيـــــــن[1] ويضيف المرسوم التنفيذي رقم: 93-289 معيارا آخر، لم يكن منصوصا عليه في التشريع السابق (مرسوم 83-135)، وهو رقم الأعمال السنوي المحقق.

وتعد هذه الشهادة وثيقة تنظيمية، يجب تقديمهما لدى كل تعهد بأشغال البناء والأشغال العمومية والري[2]، وتخول المؤسسة الحائزة لها اختصاصا وطنيا في المجال الذي تزاول نشاطها فيه[3].

وتطبيقا لذلك، يجب تقديم شهادة التأهيل والتصنيف، اعتماد أو شهادة الجودة عند الاقتضاء، ضمن الوثائق التي يتضمنها ملف الترشح[4]، وذلك بالنسبة لصفقات الأشغال تحت طائلة الرفض.

وبالإضافة إلى التأهيل المهني، يجب أن يكون المقاول قادرا على التنفيذ العملي للأشغال وهذا ما نصت عليه المادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[5]. ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المقاول التقنية والمهنية والمالية قبل قيامها بتقييم العروض التقنية[6]، ولها

1- راجع المادة 3 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 93-289، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

2- راجع المادة 3 من المرسوم رقم: 83-135، والمادة 3 فقرة أولى من المرسوم التنفيذي رقم: 93-289.

3- راجع المادة 3 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 93-289.

4- راجع المادة 67 فقرة 2 نقطة 1- أ من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

5- "لايمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة".

6- راجع المادة 54 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المؤرخ في: 15 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

عند الاقتضاء أثنـاء تقييم الترشيحات أن تستعلم عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا[1].

الفرع الثالث: أن يكون الغرض من إبرام العقد مع المقاول إقامة بناء أو تحويله:

لا يكون العقد المبرم مع المقاول عقد بناء إلا إذا كان الغرض من إبرامه تشييد عقار ما أو تحويله، فعقد الأشغال العامة لا يتضمن بالضرورة التزاما بالبناء، مالم ينصب محله على إنجاز بناء أو تحويله أو تجديده، ومن هنا يقترب عقد الأشغال العامة من عقد المقاولة في القانون الخاص[2].

ويمكن التدليل على عقد المقاولة الوارد على إنجاز مبنى أو تحويله من خلال ما نصت عليه المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بتنظيم مهنة المهندس المعماري المذكـــــــــــــور آنفا، وما جـــــــــــاء كذلك بالمــــــادة 175 فقـــــــــــــرة أولى من أمر رقــــــــم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، مذكـــــــــور آنفا، التـــــــــي تكلمت عن أشغال البنــــــــاء Travaux de construction وتجـــــــديد البنـــــــاءات وترميمها، ناهيك عن نص المادة 554 من ق.م التي قصرت تطبيق الضمان العشري على عمليات تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى فقط.

وعليه، لايرتبط من يقوم بأعمال هدم منشأة أو جزءا منها، وكذلك من يقوم بأعمال الحفر والطلاء..الخ مع عميله بعقد بناء، وإنما بعقد أشغال عامة، إذا كانت للعميـــل الصفــــــة العامـــــة ومن ثم، لا يترتب على القائم بتلك الأعمال التزاما بالبناء، كما لايعتبر القائم بها مقاولا للمباني الخاضع لقرينة المسؤولية المنصوص عليها بالمادة 554 من القانون المدني كما سنرى فيما بعد.

1- راجع المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- راجع في مظاهر التقارب بين العقدين: Sousse (M), op.cit., pp.19, 20.

ولا يترتب الالتزام بالبناء أيضا على عاتق المرقي العقاري، طالما أنه يتعهد بالبنـــــــاء فقـــــط ولا يقوم بالتنفيذ المـادي للمنشأة، فهو يلعب دور الوسيـــــــط الاقتصادي، بل القانونــــي بيــــن رجــــــال الفــــــن والمتلقي[1] للملكية، ولعل الحضر المفروض على المرقي بالمادة 16 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية لدليل قاطع على حقيقة الدور المنوط به، وهو مايعني عدم إمكان قيامه بالبناء بنفسه[2].

الفرع الرابع: قيام المقاول بالبناء بشكل مستقل عن رب العمل:

يجب أن يكون المقاول مستقلا في تنفيذ الأعمال (المشروع) عن رب العمل وإلا كان تابعا لهذا الأخير، فهو لايخضع عند أداء مهمته الأساسية، وهي تنفيذ عقد المقاولة(الأعمال) لإشراف رب العمل أو إدارته[3]، وبالتالي فإنه لا يعد تابعا لرب العمل، ولا يكون هذا الأخير مسئولا عن أعماله طبقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن التابع[4]، وذلك لانعدام رابطة التبعيـــــــة بيــــــــن الطرفيـــن، وهذا على عكس الحال بالنسبة للمستخدم الذي يسأل بصفته تلك عن أخطاء مستخدمه[5].

وهكذا، فإن المقاول يقوم بالعمل بكل استقلالية، فهو ليس تابعا لرب العمل، كما لايعتبر هذا الأخير في حكم المتبوع بالنسبة له، وبالتالي فإنه لا يسأل عن الأضرار التـي يرتكبها أثناء عمله وفقا لأحكام المادة 1384-5 من ق.م.ف المقابلة للمادة 136 مدني جـزائري، أي بصفته

1- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p.1.

2- وذلك على الأقل في عقدي حفظ الحق والبيع على التصاميم، أما في عقد بيع عقار مبني، فيظهر على ما يبدو أن الحظر المذكور غير وارد وإلا ما كان القانون يلزم المرقي في هذا العقد بضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء، فضلا عن التزامه بالضمان العشري. راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي تنظم نشاط الترقيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة العقارية، آنف ذكره.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 42.

4- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 16.

5- Mazeaud (H.L.J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p. 536.

متبوعا[1].

ولكن قد يتضمن عقد المقاولة أحيانا ليس ميـ ـزة التبعية، وإنما رقابة تبقـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـى جد صارمة من جانب رب العمل، هذه هي حالة مقاول البناء الذي يعمل تحت المراقبة التقنية للمهندس المعماري[2]، وهي رقابة دائمة لحسن تنفيذ صفقة الأشغال[3].

ويرى جانب من الفقه في مصر أن المقاول يخضع عند قيامه بأعمال التنفيذ لثلاثة أنواع متزامنة من الرقابة، وهي: رقابة المهندس المعماري، ورقابة رب العمل باعتباره صاحب المصلحة في أن يأتي البناء سليما خاليا من العيوب، ورقابة الجهة الإدارية المكلفة بشؤون تنظيم وتوجيه أعمال البناء[4].

ولكـ ـن، يجـ ـب أن لايفـ ـهم من ذلك أن المقـاول يكـ ـ ـون فاقدا للاستقلاليـ ـة، بل يظـ ـ ـل متمتـ ـعا بها طيلـ ـة فترة تنفيذ المشروع وإلا فقد صفته كمقاول وأصبح تابعا للمهندس المعماري أو رب العمل[5].

وعليه، فقيام المقاول بتنفيذ مهامه تحت توجيه ورقابة المهندس المعماري لا يقلل من أهمية دوره أو مسؤوليته، ولا يجعل منه أداة طيعة وسلبية فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي مواجـ ـ ـ ـ ـهة المهندس المعماري، وفي هذا المعنى قرر حكم قضائي قديم: " أنه إذا كان

المهندس المعماري يساهم في العمل التشييدي بعلمه ودراسته، فإن المقاول يقدم خبرته وممارسته العملية، والتي لاتقل في أهميتها عن دور المهندس المعماري"[6].

1- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 62.

2- V. Capitant(H), Terré (F), Lequette (Y), op.cit., p.355. Voir dans le même sens, Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., 540.

3- Mazeaud (H et L, J), Ibid., p.540.

4 - عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 329.

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 90.

6- Appel Paris, 17 juill. 1912, note (J.P) Karila cité par :

أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 63، هامش رقم:(2).

كما قضي في مصر بأن " وجود مهندس من قبل المالك لمراقبة أعمال المقاول مستقل في عمله عن المهندس فيما يدخل في حدود صناعته"[1].

ويترتب على هذه الاستقلالية أن المقاول يكون حرا في طريقة تنفيذ الأشغال[2]، فلا يكون ملزم بإتباع طريقة تنفيذ معينة، كما أنه لايتقيد بالتعليمات التي يقدمها له رب العمل بشـ ـأن ذلك، ويرى البعض في هذا المعنى أن الاستقلالية القانونية للمقاول لاتمنع رب العمل من إعداد التصاميم وإعطاء التوجيهات المتعلقة بتنفيذ الأشغال، لكن المقاول مع ذلك حر في طريقة تنفيذ الأشغال[3]، فوضع تصميم المبنى المراد إنجازه من طرف رب العمل لا يمنح هذا الأخير أية سلطة على رجال الفن، لأنه (التصميم) مجرد عمل صادر من جاهل موجه لتحديد الطلبية فقط[4].

وعليه، فالطرف الذي ينفذ عمله لا يكون مقاولا مطلقا إذا لم يحتفظ بحريته في طريقة تنفيذ العمل[5].

وفيما يخص صفقة الأشغال العامة، فإن الإدارة هي السيدة الوحيدة للعمل، فلايمكنها ترك كامل الحرية للمقاول الذي لايعتبر سوى معاون[6]، ويبقى المقاول مسؤولا عـ ـن تنفيذ

الصفقة فمسؤوليته لا تبحث إلا في الحالة أين يكون قد امتثل لأمر الخدمة الآمر بالنسبة له[7].

ويترتب على استقلاليـــة المقاول فـــــــي تنفيـــــــذ التزاماته كذلك ضـــــــــرورة معارضته للأوامر غيـــــــر

1- استئناف مصر، 5 يونيه 1931، المجموعة الرسمية، السنة الثلاثون، ص 52. مشار إليه في: سمير عبد السميع الأودن مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الإنشاءات، مرجع سابق، ص 57، هامش رقم: (1).

2- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p. 542.

3- Ibid., p.540.

4- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 61.

5- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p.541.

6- Auby(M) et Ducos-Ader(R), op.cit.,op.cit., p.451.

7- Ibid., p. 451.

المسؤولة لرب العمل، فهو ليس منفذا أعمى[1]، وتكون هذه المعارضة واجبة إذا كانت الأوامر صادرة من رب العمل خاصة إذا كانت تمس بصلابة البناء[2]، أي مخالفة لقواعد الفـــــــن، غير أن إمكانية المعارضة هذه تكون أقل حدة إذا كان رب العمل مشهور عنه الكفاءة[3].

وتجدر الإشارة أن معارضة المقاول تظل ممكنة حتى ولو كان تنفيذ الأشغال يجري تحت توجيه المهندس المعماري، طالما أن التفاوت الفني يجب أن لايمنعه من الكشف عن نقائص المشروع [4].

ويجـــب على المقاول أن يبدي تحفظاته ويقترح الحلول[5]، ويطلب دائما الأوامر الواضحـة[6].

- -

- -

1- Mémento pratique, Immobilier (urbanisme, Construction, Gestion, Juridique-fiscal-financier), A Jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 513.

2- Cass.civ3., 14 mars. 1973, Bull.civ., n204 ; Cass.civ. 27 mars. 1979, Rev.Dr. Immb. 1979, p. 481cités par : Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, Ibid., p. 513

ولكن إذا تلقى المقاول أمرا صريحا بتنفيذ الأشغال، فإنه لايسأل بالرغم من تحفظاته على الخلال، طالما كانت الأشغال المأمور بها ليس من طبيعتها المساس بصلابة المبنى أو سلامة الأشخاص. راجع:

Civ3., 13 mars. 1973, Bull., III, n 194.- Appel Paris, 13 mars 1975, D.1976, note (J.-P) Karila cités par : Le tourneau (ph), op.cit., p. 472.

بما يعني أن المقاول ملزم برفض التعليمات أو الأوامر الصادرة له من رب العمل إذا كان تنفيذها يؤدي إلى المساس بسلامة البناء.

3- Cass.civ3., 18 juin 1970, Bull.civ. III, n, 422 cité par : Mémento pratique, Immobilier, A au 1er avril 1991, op.cit., p. 514.

4- Civ3., 19 mars 1969, Bull.III, n 243 cité par : Mémento pratique, Immobilier, A au 1er avril 1991, Ibid., p. 514.

5- Cass.civ., 13 mars. 1973, D.1973, IR, 108 cité par : Mémento pratique, Immobilier, A au 1er avril 1991, Ibid., p. 514.

6- Cass.civ3., 7 mars. 1968, Bull.civ., III, n 97 cité par : Mémento pratique, Immobilier, A au 1er avril 1991, Ibid., p. 514

ويمكنه مع وجوب الحيطة رفض[1] أو وقف الصفقة[2].

وإذا كانت ميزة الاستقلالية ضرورية لاكتساب صفة المقاول، فهل عامل توريد مواد البناء له تأثير على هذه الصفة؟ وهل يختلف الأمر في حالة توريد المقاول للأرض التي سيقام عليها البناء؟

1- Cass.civ., 13 juin. 1973, Bull.civ., III, n 412 cité par : Mémento pratique, Immobilier, A au 1er avril 1991, op.cit., p. 514.

2- Cass.civ., 19 nov. 1970, D. 1971.somm.82 cité par : Mémento pratique, Immobilier, A au 1er avril 1991, Ibid., p. 514.

المطلب الثالث:

توريد المواد اللازمة لإنجاز المنشأة وتأثير ذلك على صفة القائم بالعمل:

الأصل أن رب العمل هو الطرف الذي يتعهد بتوريد المواد اللازمة لتنفيذ العمل المطلوب إنجازه، ويستفاد ذلك من مفهوم المخالفة لنص المادة 550 من القانون المدني(1)،

وفي هذه الحالة لايثار مشكل الوصف القانوني للعقد المبرم مع المقاول، ولا الصفة التي يكتسبها هذا الأخير.

وعلى العكس من ذلك، ثار خلاف بين الفقهاء حول طبيعة العقد المبرم مع المقاول في حالة تعهد هذا الأخير بتقديم المواد إلى جانب عمله، هل هو بيع أم مقاولة؟

والجدير بالذكر أن مسألة تكييف العقد المبرم مع رب العمل طرحت خاصة في مجـ ـ ـ ـ ـال البناء لأن المقاول هو الذي يتعهد بتوريد مواد البناء خلافا للأصل العام.

وقد طرح نفس المشكل في حالة تعهد المقاول بتوريد الأرض التي سيقام عليها البناء، فهل يكتسي العقد في هذه الحالة وصف البيع، وبالتالي يكون القائم بالتشييد بائعا وليس مقاولا؟

وهذا ماسوف نسلط عليه الضوء تباعا:

الفرع الأول: توريد المواد:

الأصل في المقاول هو أنه يتعهد بتقديم عمله دون المواد، وبمفهوم المخالفة لنص المادة 550 من القانون المدني يتضح بأن رب العمل هو من يتعهد بتقديم المواد التي تستخدم في إنجاز العمل من طرف المقاول.

1- يجوز للمقاول طبقا لنص المادة 550 من ق.م" أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.
كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل و المادة معا"

وبالتالي، إذا قام رب العمل بتـ ـ ـ ـ ـ ـوريد المـ ـ ـواد الأوليـ ـة اللازمة لتنفيـ ـ ذ العمـ ـ ـل المطلوب إنجـ ـ ـ ـ ـ ـازه فلا ريب أن العقد المبرم لهذا الغرض يعتبر عقد إيجار عمل(مقاولة)، لأن المقاول في هذه الحالة لا يقدم سـ ـ ـ ـ ـ ـ ـوى عمله فقط [1].

ولكن توريد المادة من طرف رب العمل لا يكون إطلاقا هو العنصر المميز لعقد المقاولة[2]، كما أن الاجتهاد القضائي اليوم يبدو أنه يقبل توريد الصانع للمادة الأولية، وهذا لا يكفي أيضا لإعطاء وصف البيع للاتفاق، وهذا الحل مقرر بالمادة 1787 والمادة 1788 من ق.م الفرنسي اللتان تنصان على أنه يوجد عقد مقاولة حتى ولو ورد العامل إلى جانب عمله المادة[3]، غير أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قرر بأن العقد لايعتبر بيعا حتى ولو كان الصانع هو الذي قام بتوريد المادة إلا إذا كانت قيمتها أكبر من عمله[4].

فعقد المقاولة لا يجـــــــب أن يقتصـــــــــــر على الحالات التي يورد فيـــــــها رب العمل المادة فقـــــــــط، فقانون رقم: 67-03 مؤرخ في: 1967/01/3 في فرنسا يشبه بالمقاولين المهندسين المعماريين الذين يوردون ليس المادة وإنما الدراسات[5]، فرب العمل هو الطرف الذي يطلب العمل، بينما المقاول هو الذي ينفذه.

1- Mazeaud(H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p.537.- Voir aussi même ouvrage, p.544.

2- V. Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 539.

3- Ibid., p. 544.

ويظل العقد مقاولة طبقا لأحكام المادة 550 فقرة 2 من ق.م حتى ولو تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا، حيث يبرر البعض ذلك بأن المادة تكون تابعة للعمل، طالما أن عقد المقاولة يرد على العمل. أنظر في هذا التبريـــــر: زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقـــــود، الجـــــزء الحادي عشر، دون طبعة، دار الثقافـــــــــــة، بيروت- لبنان، دون سنـــــــــة نشـــــــــر، ص ص 164، 165.

4- Civ. 1 aout 1950, S.1951.1.100 ; Bull.civ.1950, I, n 184, p. 141 cité par : Mazeaud (H et L, J) Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p.544, note(6).

5- Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 544.

والجدير بالذكر أن اصطلاح Locateur كان في القانون الروماني يطلق على رب العمل أما اليوم، فيستعمل بمعنى مقاول، وكان رب العمل في روما هو الذي يورد المادة الأولية، وقد اختفى هذا الشرط اليوم، وأصبح العنصر الوحيد الذي يؤخذ بعين الاعتبار هو العمل المقدم وبذلك أصبحنا نسمي المقاول مؤجرا، لأنه على غرار العامل يقوم بتوريد عمله[1].

وفي العقود الخاصة نسمي المؤجر أو المقاول انطلاقا من المهنة التي يزاولها، فنقول مثلا مهندس معمار، مقاول البناء، ..الخ[2].

وتقبل المحاكم اليوم اعتبار العقد مقاولة حتى ولو كان من تعهد بتوريد المواد هو المقاول متى كانت قيمة العمل المورد أكبر كثيرا بالنظر إلى قيمة المادة الأولية(معيار العنصر الغالب)، لكن الحل يبدو مختلفا تماما بالنسبة لعقد مقاولة البناء (عقد تشييد عقار)، فالعقد يظل مقاولة حتى ولو كانت المواد قد وردت من طرف المقاول، لأن هذه المواد تصبح مملوكة لمالك الأرض التي سيقام عليها البناء بطريق الالتصاق[3].

وهذا الحل أقرته محكمة النقض الفرنسية معتبرة أن " العقد الذي بمقتضاه يكلف مالك الأرض، مقاولا ببناء عقار، يعتبر عقد مقاولة حتى ولو التزم المقاول بالإضافة إلى عمله بتقديم مواد البناء" [4]، لكن جعلت تبعة الهلاك تقع على المقاول طالما أن السلطة الفعلية تظل

1- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., p.539.

2- Mazeaud (H et L, J), Ibid., p.539.

3- Mazeaud (H et L, J), Ibid., pp.537, 544 ; Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p. 589.

راجع أيضا، محمد مرسي زهرة، " الوضع القانوني للبائع – الباني"، دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي، مجلة المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين والمقاولين، الجـــــــــزء الثانـــــــي الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2004، ص 233.

4- محمد مرسي زهرة، نفس المرجع، ص 233. راجع نفس الموقف للفقه الفرنسي: Mazeaud(H et L.J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p.544.

بيده خلال فترة البناء[1]. وقد جعل القانون المدني الجزائري تبعة الهلاك قبل التسليم على عاتق المقاول ولو كان رب العمل هو المالك لما تم تشييده، وهذا ما يستخلص من مقتضيات نص المادة 558[2].

ويغلب أن يقوم المقاول بتوريد المواد اللازمة لعملية البناء، وبالتالي فإنه يكون مسئولا عن جـــــودة المـــواد التـــــي تـــعهد بتــــوريدها، كما يلتــــزم بضمان ما فيها من عيوب[3]، ضمان البائع للعيوب الخفية[4].

الفرع الثاني: توريد الأرض:

نؤكد في البداية أن الأرض التي يراد إقامة البناء عليها تكون في الغالب مملوكة لرب العمل[5]، وفي هذه الحالة لاجرم بأن العقد المبرم مع المقاول يعتبر مقاولة ولو تعهد هذا الأخير بتوريد المواد اللازمة للبناء، ولكن هل يختلف الحل في حالة توريد المقاول للأرض إلى جانب عمله؟

لم يتعرض المشرع في الحقيقة لهذا الفرض في القانون المدني[6]، غير أن الفقه تساءل عن

1- محمد مرسي زهرة، مرجع سابق، ص ص 234، 235.

2- " عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يتسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه، **ويتحمل كل ما يترتب عن ذلك من آثار**".

3- راجع المادة 551 ق.م.

4- أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص 69، 98.

5- يغلب أن يكون رب العمل هو مالك الأرض التي سيقام فوقها البناء أو يكون على الأقل مالك حقوق البناء عليها. راجع نص المادة 7 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتـــــــــــاج المعماري بممارسة مهنـــــــة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

6- لعل سبب ذلك يرجع إلى كون هذا الفرض لايمكن تصوره في نطاق عقد المقاولة، لأن جوهر هذا العقد هو التزام المقاول بإنجاز العمل المتعهد به سواء كان ماديا أو ذهنيا لحساب رب العمل في مقابل أجر(راجع، المادة 549 ق.م)، ومع ذلك يمكن تصور هذا الفرض من الناحية العملية، إذ يعرف واقعنا المعاش مثل هذه المعاملات، وهذا هو حال البائع-الباني.

طبيعة العقد الذي يتعهد فيه الشخص بالبناء مع تقديم الأرض والمواد في آن واحد؟ هل هو مقاولة أم بيع؟

يجب أن نشير إلى أن أهمية تحديد طبيعة هذا العقد، تظهر على صعيد الالتـــــزام بالضمان[1] المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني المقابلة للمادة 1792 مدني فرنسي، ذلك أنه لايمكن تطبيق أحكامه إلا على فئة محددة من المهنيين على غرار المهندس المعماري والمقاول، لذا فمن الضروري الفصل في هذه المسألة الأولية.

إن المقاول الذي يقوم ببيع العقار الذي قام بتشييده لايعتبر مؤجر عمل، بل بائعا سواء كان العقار تام التشييد أو تحت التشييد[2]، وعلى ذلك، إذا قام المقاول بتوريد الأرض إلى جانب عمله، فالعقد يكيف هنا على أنه بيع، عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل، وبتعبير أكثر دقة يعتبر بيعا لشيء مستقبلي[3]، ويعرف في القانون الفرنسي تحت اسم " بيع العقار تحت التشييد Vente d’immeuble à construire[4].

وعليه، ففي عقد إيجار العمل، يقوم مؤجر العمل(المقاول) بالتشييد فوق أرض مملوكة لرب العمل، ومالك الأرض يصبح مالكا للبناء عن طريق الالتصاق وليس البيع، أما في عقد بيع عقار تحـــــــــت التشييـــــــــد، فالبائـــــــع هو مالك الأرض، وبموجب نفس العقد ينقــــل الملكيــــــــة، ويتعــــهد

- -

- -

1- لايترتب الالتزام بالضمان العشري حسب المادة 554 من القانون المدني إلا في نطاق عقد المقاولة الذي ينصب على تشييد الأبنية أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى، مما يعني عدم تحمل البائع-الباني لهذا الضمان تجاه مشتري العقار.

2- Mémento pratique, Immobilier (urbanisme, Construction, Gestion, Juridique-fiscal-financier) A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 516.

3- محمد مرسي زهرة، مرجع سابق، ص ص 236، 237.

4- يجب التمييز هنا بين حالة المقاول الذي يقوم ببناء عقار وبيعه، وهذا هو البائع، وذلك الذي يتعهد بتشييد بناء خلال مدة معينة، ونقل ملكيته للمشتري مقابل ثمن نقدي، وهذا هو البائع-المشيد الذي لا يلتزم بالبناء فقط كالمقاول، ولا بنقل الملكية فقط كالبائع، وإنما يتعهد بالبناء والبيع في آن واحد، ومن هنا تبدو أهمية الالتزام بالبناء في تحديد ذاتية هذه الفئة الجديدة من المهنيين. راجع محمد مرسي زهرة، نفس المرجع، ص ص 227، 228.

بالبناء لفائدة المشتري[1].

ومن الأهمية بمكان أن القضاء الفرنسي قد جعل المقاول-البائع مسؤولا استنادا إلى المادة 1792 والمادة 2270 مدني لمجرد أنه تعهد بالبناء[2]، بل أن المحكمة العليا طبقت نفس المبدأ إذا تم البيع بعد الانتهاء من البناء[3].

ويفترض القضاء علم البائع- الباني بعيوب البنـــــاء، وهو افتراض لايقبل إثبات العكس حسب البعض[4].

والمرقي على عكس البائع –الباني لايجب أن يمتد دوره إلى التنفيذ المادي للبناء، فضلا عن أنه يزاول مهنة منظمة قانونا بخلاف البائع- الباني.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أود حلا لتلك المسألة في المادة 7 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري المذكور سابقا، التي تنص على وجوب : " أن يكون رب العمل مالكا لقطعة الأرض التي سيقام فوقها البناء، أو يكون على الأقل حائزا حقوق البناء عليها".

ويستخلص من نص هذه المادة، وجوب أن تكون الأرض التي يراد إقامة البناء عليها مملوكة لرب العمل أو يكون حائزا حقوق البناء عليها على الأقل، وهو مايعني أن الشخص الذي يقوم بالبناء بمواد من عنـ ـ ـده، وعلى أرض مملوكة له، لايعتبـ ـ ـ ـ ـر مقاولا حسب نفس المادة وإنما يصدق عليه وصف البائع-الباني Vendeur- Constructeur[5].

- -

1- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 339.

2- Cass.civ3., 29 nov.1968, Bull.civ., n 510, p. 391. Voir aussi en ce sens, Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) Ibid., p. 168.

3- Civ., 18 juill. 1955, D, 1955, p. 735.

4- Ghestin, Conformité et garanties dans la vente, Paris, 1983, n 258 cité par :

محمد مرسي زهرة، مرجع سابق، ص 244، هامش رقم: (1).

5- محمد مرسي زهرة، نفس المرجع، ص ص 236، 237.

ولا يعتبر مقاولا (مشيدا) أيضا من يتولى البناء على أرض يملكها بواسطة محترفي البناء لأجل البيع أو الإيجار، فهذا الشخص ينطبق علية وصف المرقي العقاري متى ثبتت له قانونا هذه الصفة وإلا كان مجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـرد بائـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـع، والمرقـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي هو الذي يبادر بإحدى عمليات الترقية العقارية وتوجيهها من مختلف الجوانب بقصد البيع أو الإيجار أو لتلبية حاجات خاصة[1].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن صفة المرقي لايتم اكتسابها لمجرد ممارسة نشاط البناء كما كان عليه الوضع في السابق أي في ظل القانون القديم[2]، بل يجب لاكتساب هذه الصفة أن تتوافر فـ ـ ـ ـي الشخص مجموعة من الشروط المحددة قانونا[3]، ممايعني أن مهنة المرقي أصبحت اليوم محاطة بتنظيم قانوني خاص، و تبعا لذلك، يعاقب جزائيا[4] كل من قام بعرض بيع أملاك عقارية في إطار مشروع عقاري، تم إنجازه خلافا لأحكام المواد من 27 إلى المادة 29 من قانون 11-04.

وعقد الترقية العقارية كما عرفه الفقه الفرنسي هو عقد بمقتضاه يأخذ شخص على عاتقه مبادرة القيام بعملية عقارية وتوجيهها لحساب من يريد أن يكون مالكا للبناء لقاء ثمن يتم الاتفاق عليه سلفا[5].

وهذا العقد على غرار معظم العقود نشأ تلقائيا عن طريق الممارسة[6]، وهو عقد مركب يتضمن تعهد بالبناء، ومن هذه الناحيـ ـ ـ ـة يكـ ـ ـ ـ ـون مقاولة، إذ لايوجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـد عقد ترقيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة عقارية عنـ ـدما

- -

- -

1- راجع المادة 2 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- يتعلق الأمر بقانون رقم: 86-07، يتعلق بالترقية العقارية، ملغى بالمرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى أيضا بقانون رقم: 11-04.

3- راجع المواد: 4، 19، 20، 21، 23 من قانون رقم: 11-04. راجع أيضا سعيداني- لوناسي ججيقة، " النظام القانوني للمرقي العقاري في التشريع الجزائري"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيـ ـ ـ ـ ـزي وزو، عدد 2، 2011، ص 58 وما بعدها.

4- راجع المادة 70 من قانون رقم:11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

5- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), op.cit., p.411.

6- Ibid., p. 411.

يقتصر الأمر على Rénovation de l'immeuble، لأنه لا يوجد أي بنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء مجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـرد تجديد عقار

لمنشأة[1]، كما يتضمن القيام بالأعمال القانونية لحساب الغيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر(اقتناء الأراضي، بيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـع العقارات، العقود مع المهندسين المعماريين)، فمن هذه الناحية هو عقد وكالة[2].

1- " فالشقق التي كانت قد بيعت حسب صيغة مفتاح في اليد بعد تحويل فندق إلى عقار للسكن". راجع:

Cass.civ3, 6 novembre 1985, Bull.civ.III, n 140 ; RTD civ, 1986.373, obs. Rémy (Ph) cité par : Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p.411, note(37).

2- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P-Y), Ibid., p. 411.

المبحث الثاني:

مضمون التزام المقاول بالبناء

إن الالتزامات التي تثقل كاهل المقاول تعد في الواقع جد واسعة، وأن جزاء الإخلال بها يختلف تبعا لنوع الخلل الذي قد ينتج عن ذلك. ويتحمل المقاول عموما في علاقته برب

العمل حسب المادة 549 من القانون المدني تنفيذ الأداء المتعهد به، وهذا الأداء يختلف من مقاولة إلى أخرى تبعا للغرض من إبرامها، كالبناء والترميم والتجديد والصيانة والإصلاح..الخ.

وعليه، فالأداء الرئيسي للمقاول في إطار هذه الدراسة، هو إنجاز بناء[1] أو منشأة عقارية وهي بذلك تمثل ركن المحل في عقد المقاولة المبرم مع رب العمل.

كما يتحمل المقاول فضلا عن ذلك، التزام أو واجب تسليم منشأة في الأجل المتفق عليه خالية من العيوب. وعلى هذا النحو، فإن التزام المقاول هو التزام مزدوج لايمكن تجزئته من الناحية العملية[2]، وهو التزام بتحقيق نتيجة مزدوجة، هي احترام شروط العقد وضمان جودة الأعمال[3]، وفي هذا السياق يجمع الفقه الفرنسي[4] والمصري[5] وكذلك القضاء الفرنسي[6] على أن التزام المقاول بتشييد عقار هو التزام بنتيجة[7]، وبالتالي لايمكن للمقاول أن يتخلص

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 77.

2- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 513.

3- ذلك ما يستفاد من مفهوم المخالفة لمقتضيات المادة 553 فقرة أولى ق.م، و تؤكده المادة 554 من نفس القانون.

4- V. par ex, Le tourneau(Ph), op.cit., p. 473.- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., P. 555.- Joël Fossereau, « Le clair- obscur de la responsabilité des constructeurs », Recueil Dalloz Sirey, Chronique III, 1977, p. 23.

5- راجع على سبيل المثال، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 77- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 116.

6- Civ1., 14 mai 1959, Bull. cvi.I, 1959, n 243, P. 204, D. 1959. Somm. 105 cité par : Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., P. 560.

7- فطبقا لمعيار طبيعة الآداءات يكون الالتزام بنتيجة إذا انصب العمل على شيء، أما بالنسبة للآداءات الذهنية، فيغلب أن يكون التزام بوسيلة. راجع:

من مسؤوليته إلا بإثباته للسبب الأجنبي.

وحسب البعض، فإن المقاول يتحمل التزام بالإنجاز المادي لمنشأة خالية من العيوب وهو التزام بنتيجة قبل الاستلام، أما بعد الاستلام، فهو مجرد التزام بوسيلة، يبقى خلال عشر سنوات، ويسمح بتبرير نظرية تعويض الأضرار المسماة الوسيطة التي طورها القضاء[1].

وعلى العموم، يتعهد المقاول بتنفيذ عمل خال من النقائص، وهو التزام بنتيجة[2].

وقبل التعرض لمضمون هذا الالتزام الرئيسي الذي يثقل كاهل المقاول إزاء عميله، يجب أن نبحث مصدره أولا، وعليه، فإن التزام المقاول بالبناء يجد مصدره في العلاقة التي تربط بينه وبين عمليه(رب العمل)، ولاشك أن هذه العلاقة أساسها العقد المبرم بينهما، والمسمى بعقد مقاولة البناء Contrat d'entreprise de construction.

وعليه نبدأ بمصدر التزام المقاول بالبناء (**مطلب أول**)، ثم يليه مضمون هذا الالتزام (**مطلب ثان**).

1- V. Bernardin (H), op.cit., p. 40.

2- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit, p. 569.

المطلب الأول:

مصدر التزام المقاول بالبناء

ينشأ هذا الالتزام كما أسلفنا القول من العقد المبرم بين المقاول ورب العمل، والذي يكيف وفقا لإجماع الفقهاء بأنه عقد مقاولة [1]، ينصب على إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى مهما كانت طبيعتها أو وجهتها أو غرضها..الخ.

وتحتل مقاولة البناء أهمية كبيرة في الحياة العملية، نظرا للدور الذي يؤديه نشاط البناء في تحقيق التنمية الاقتصادية والرفاهية الاجتماعية إلى درجة أنها أصبحت معروفة تحت اسم خاص[2].

والمقاولة كما ورد تعريفها بالمادة 549 من ق.م هي: " عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين نحو المتعاقد الأخر بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا في مقابل أجر يلتزم به المتعاقد الأخر" ويقابل هذا النص في القانون المدني الفرنسي نص المادة 1710.

ويلاحـــــظ على هذا التعريف، أن المشرع لم يبرز فيـــــــــــه أهم خاصية مميـــــــــــزة لعقـــــــــــد المقاولة والتـــــــــي تسمح بتمييزه عن غيـــــــــره من العقـــــــــــود المشابهة له، كعقد العمل وعقد الوكالة، إنه عنصر الاستقلاليـــــــة، ولهذا يعاب على التعريف التشريعـــــــــــي للمقاولة أنه غامض وغير دقيق، وأنه يعد في حد ذاته مصدرا لبعض الصعوبات أو الخلافات.

أما الفقه الفرنسي، فقد عرف المقاولة بأنها اتفاق يتـــــعهد بمقتضاه شخص يسمـــــــى المقاول أو مؤجـــــر عمل نحو آخر، ويدعى رب العمل فـــــــي مقابل أجر، بتنفيذ عمل بشكــل مستقل و من

- -
- -

1- نظّم المشرع أحكام عقد المقاولة بوجه عام بالمادة 549 وما بعدها من القانون المدني، وذلك بصرف النظر عن طبيعة العمل الذي يتعهد به المقاول نحو عميله، أي سواء كان الأداء المتعهد به تجاهه عملا ماديا كالتزام مقاول البناء، أو ذهنيا مثل التزام المهندس المعماري بتصميم البناء.

2- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 22. راجع كذلك أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها.

دون تمثيل له[1].

إن عقد مقاولة البناء يستجيب تماما لهذا التعريف، لكنه يخضع لقواعد ذاتية[2]، وهو إما أن يكتسي الصفة الخاصة (**فرع أول**) أو الصفة العامة (**فرع ثاني**).

الفرع الأول: عقد مقاولة البناء في القانون الخاص:

يسمى هذا العقد أيضا بعقد مقاولة الأشغال الخاصة، وهو يخضع لمبدأ سلطان الإرادة من حيث إنشائه وآثاره.

ولما كان هذا العقد لم يحظ بتنظيم قانوني خاص، فإن العلاقة التي تنشأ بين طرفيه تخضع للقواعد العامة لعقد المقاولة المنصوص عليها بالمادة 549 من القانون المدني وما بعدها باستثناء تلك الأحكام المتعلقة بالمسؤولية عن ضمان جودة الأعمال لمدة عشر سنين التي تسري من يوم الاستلام النهائي للمنشأة، ومن هذه الناحية يتميز عقد مقاولة البناء عن غيره من عقود المقاولات الأخرى لما يتضمنه من أحكام خاصة من حيث الماهية، بتبنيه بعض قواعد المسؤولية التي لانرى لها مثيلا في معظم العقود[3].

ومع ذلك، فإن هناك نصوصا في القانون المدني لها علاقة بالمقاولات المتخصصة في البناء العقاري[4]، أما العقود التي تتضمن تعهد بالبناء في القانون الجزائري، فيمكن حصرها في عقد البيع على التصاميم الذي تم تنظيمه بقانون رقم: 86-07، يتعلق بالترقية العقارية[5]، ثـ - - - - - - - م

بالمرسوم التشريعـــــــي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري[6]، وأخيـــــرا بقانون 11-04 الذي

1- Saint-Alary (R), op.cit, p. 108.

2- Ibid., p. 108.

3- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 16.

4- هذه المواد هي: المادة 554، 555، 556، 557، 560، 561، 563، 570 فقرة 2 من ق.م.

5- راجع المادة 29 من قانون رقم: 86-07 مؤرخ في: 4 مارس 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ملغى بالمرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى أيضا بقانون 11-04، مذكور سابقا.

6- راجع المادة 9 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري.

يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية[1]، بالإضافة إلى عقد حفظ الحق المنظم بالمادة 27 من نفس قانون.

وعقد البناء العقاري باعتباره عقد مقاولة[2] ينعقد بمجرد تراضي طرفاه واتفاقهما على العمل (البناء) المطلوب إنجازه والأجر، فلا يشترط لصحة هذا الاتفاق مراعاة شكل معين يوجبه القانون[3].

وتعتبر الفترة السابقة على التعاقد لعقد المقاولة غنية جدا، حيث تستطيع أن تفتح المجال لممارسات أصلية، مثل تلك الممارسات المتعلقة بالمقايسة، كما تكون بالمقابل مصدرا لإجراءات خاصة، كتلك المتعلقة بالمناقصة أو المزايدة Adjudication [4].

إن ممارسة المقايسة[5] هـــي في الأصل ميزة تتعلق بعقد المقاولة[6]، وعلى وجه الخصوص بعقد تشييد بناية[7]، غير أن هذه الممارسة لم تعد في الوقت الحالـــــي قاصـــــرة على هذا المجال، بل توسعت إلى مجالات أخرى، فأصبح يعمل بها في كل الأعمال التي تستلزم عمل المقاول، وفي أغلب الأحيان عندما ينصب العقد على عمل مركب[8].

وعلى الرغم من أن وضع المقايسة التقديرية ليس شرطا لازما، نظرا لهيمنة الرضائية على هذا العقد[9]، إلا أنها تكون مفيدة خاصة فـــــــــي مرحلة المفاوضات، فالمقايسات والمشاريع تكـــــــون

1- راجع المادة 28 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- عقد إيجار العمل هو عقد رضائي، يبرم بتبادل بسيط للتراضي بين الطرفين حول العمل المراد إنجازه، أي أنه في أكثر الأحيان يتم بالتقاء الإيجاب والقبول. راجع: Igoudjil (L), op.cit., p. 51.

3- Liet-veaux (G), op.cit., p. 133.- Voir aussi, Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 72.

4- Igoudjil (L), op.cit., p. 51.

5- المقايسة من الفعل قسم، اكتسبت معناها في القرن 18 عشر، حيث كانت تستعمل فقط لتحديد أحكام الوصايا. راجع: Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p. 581, note(1).

6- Igoudjil (L), op.cit, p. 52.

7- Ibid., p. 51.

8- Ibid., p.51.

9- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 233.

إذن موجهة لتقدير طبيعة وكيفيات وسعر العمل المراد إنجازه، لأجل أن يجمع رب العمل العناصر الضرورية لتقدير ملائمة التعاقد[1]، وفي هذا السياق اعتبر القضاء الفرنسي قديما بأن وضع مقايسة تقديرية (devis estimatif) لايعد ضروريا لانعقاد العقد[2].

ويبدأ عقد المقاولة بوضع مقايسة[3]، وتتحال المقايسة بهذا المعنى إلى **إيجـــــاب بالتـــــعاقد** وهناك من يرى أنها **وعد بالتعاقد من جانب واحد**[4]، بحيث أن المقاول لا يمكنه أن يدعي أي مقابل (أجر) لأجل التقديرات المنجزة[5]، وعلى الرغم من ذلك، فمن الصعب تعميم هذا الحل لأن كل ذلك متوقف على نية الأطراف والعادات المهنية[6]، بالإضافة إلى أهمية الأعمال التمهيدية المنفذة[7].

وعلى العكس، يمكن تحليل المقايسة إذن على أنها **اقتراح مضاد بسيط** بدون مضمون قانوني لغياب محتوى العناصر الضرورية في العقد المراد إبرامه Contrat projeté، وهناك من

يرى بأن طلب مقايسة بمثابة **دعوة للدخول في المباحثات** أو المفاوضات[8]، ويمكن كذلك اعتبار المقايسة كاتفاق **مبدئـ ـ ـي بسيط** un banal accord de principe يلزم صاحبه ليس بالتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـعاقد، بل

1- Igoudjil (L), op.cit., p. 51.

2- Cass. civ. 23 oct. 1945, JCP.1946, Ed. J P, IV, 448 ; Gaz. Pal. 1945, 2, 187 ; D. 1946, 19 ; Cass. Civ.3, 18 juin. 1970, D.1970, 674.

3- Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p. 581.

4- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p. 505.

5- Cass. civ. 22 oct. 1894: DP 95, 1, 252; Cass. com., 30 nov. 1971, Bull.civ.IV, n 288 ; D. 1972, 209 ; V. aussi Cass., com. 20 mars 1972, JCP, G. 73, II, 17543, note Schmidt ; Cass. Civ3., 6 mars 1973, Bull. civ. III, n° 163 cités par : Igoudjil (L), op.cit., p. 52 note(246).- Et voir aussi ces arrêts, Malaurie (Ph) et Aynes(L), GauthierP.-Y), op.cit., pp. 405, 406.

6- Igoudjil(L), op.cit., p. 52.

7- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p. 406.

8- En ce sens, Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 72.

بمواصلة المفاوضات الجارية بحسن نية[1].

ولكن هل يستحق المقاول أجره عن وضع المقايسة؟

إذا دعا المقاول رب العمل، فإنه لا يستحق أجرا على عمل المقايسة، هذا مالم يتم تنفيذها من رب العمل، أما المهندس المعماري، فله الحق في تقاضي أجوره عن وضعه للتصاميم حتى ولو لم يتم تنفيذها من رب العمل. وهذه القاعدة تبرر من خلال مهمة المهندس المعماري التي ترتكز أساسا على تصور المنشأة، الإبداع الذي يجسد بواسطة التصاميم[2]، و في هذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه إذا كانت الدراسات المطلوبة تشكل عمل ذهني

حقيقي مجسدة في حد ذاتها عملية تعاقدية، فإن الاجتهاد القضائي اعتبر تلك الدراسات تستوجب دفع مكافأة[3] حتى ولو انتهى الأمر إلى عدم إبرام العقد المتعلق بالإنجاز[4].

وهذا الحل يكون عندما يدعو العميل المقاول لإعداد المقايسة، وفي الحالة العكسية، فإن العادات، نية الأطراف، العبارات المستعملة تملي الحل[5]، فقطع المفاوضات في مجال المقاولة يمكن أن يشكّل خطأ، وهذه هي الحالة عندما يطلب رب العمل تعسفيا مقايسات دون أن تكون لديه نية جادة لتنفيذ الأشغال، أو إذا أحبطت مفاوضات هامة بمظاظة على إثر مكالمة هاتفية بسيطة[6].

ويجب أن نشير هنا إلى أن رب العمل يكون حـــــرا فـي اللجــــوء إلى إجـراء التعاقد عن طريق

1- Igoudjil (L), op.cit., p. 52.

2- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op. cit., p. 551.

3- Igoudjil (L), op.cit., p.52.

4- V. Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p. 406.

5- Igoudjil(L), op.cit., p. 52.

6- Pau 14 janv. 1969, D. 1969, 716 ; RTD civ. 1970, 358, obs. Durry ; V. aussi Cass. com. 20 mars 1972 et plus récemment, Cass. com. 26 novembre 2003, RTD civ. 2004. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2004. 257, obs. Mazeaud cités par : Igoudjil(L), op.cit., p. 52, note(248).

المناقصة المستعملة في إبرام الصفقات العمومية[1]، ويكون إجراء المناقصة إلزامي بالنسبة للصفقات العمومية[2]، ومن هنا يتجلـــى تأثير قانون الصفقات العمومية علـــــى التقنيات المدنيــــــة، وأكثر تحديدا على تقنية إنشاء العقد، من جهة من خلال الممارسة، ومن جهة أخرى من طرف القانون، فليس هناك ما يمنع الأشخاص الخاصة من استعمال تقنيات قانون الصفقات العمومية[3]. ففي الصفقات الخاصة

أو بالأحرى المشاريع سواء كانت وطنية أو دولية إذا كانت الأشغال معتبرة، فإن صاحب المشروع يضع عدة مقاولين فـــي منافسة، حيث يستـــــــعمل غالبا تقنيات قانون الصفقات العمومية دون أن تؤدي هذه الممارسة إلى تغيير طبيعة العقد إلى العقد الإداري[4].

إذن، يضع رب العمل بمقتضى هذا الإجراء (المناقصة)عدة مقاولين في منافسة، ويتعهد بالتعاقد مع من يتقدم بأفضل ثمن، وهو ليس بالضرورة الثمن الأقل تماما، وبالأحرى المزايدة. هذه الصيغة غيـــــــــــر مستعملة من الناحيــــة العملية إلا بالنسبة للصفقات الهامة جـــــــــدا[5] وبالأحرى، يقوم صاحب المشروع بتقديم اقتراح بقصد التعاقد، وهذا الاقتراح من حيث المبدأ لا يعتبر إيجابا، لأنه إذا كان يتضمن العناصر الأساسية للعقد، فإنه يغلب أن تصاحب هذا الاقتراح تحفظات، إذ يشكل دعوة بسيطة للدخول في المفاوضات بدون قوة ملزمة[6].

ويقرر جانب من الفقه الفرنسي بأن العقـــــــود الخاصـــــــة يمكـــــــن أن تخضع كليا لقواعد القانـــون

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 72.- Voir aussi, Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p. 583.

2- Igoudjil (L), op.cit,. p.53.

3- V. Igoudjil (L), Ibid., pp. 53, 54.

4- Collart Dutilleul (F) et Delebecque(Ph), op.cit., p.583.

5- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 72.

6- Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p.583.

العام، هذه القـــــــــواعد لها بأي شكل سمات القانون المشترك(العام) عنـــــــــدما تكون الصفقات هامة، غير أنها لا تكون ملزمة إذا كانت الصفقة ليست عمومية[1]، ولا تستبعد المحاكم تطبيق قانون الصفقات العمومية على العقود الخاصة

المبـــــرمة من طرف الإدارة، وفــــــــي هــــــذا المعنــــــــــى يدعــــــــــو F.Llorens إلى التفريق بين طبيعة العقد ومفهوم الصفقة العامة[2].

الفرع الثاني: عقد مقاولة البناء في القانون العام:

تفضل الإدارة في الغالب اللجوء إلى التعاقد مع أحد مقاولي البناء سواء كانوا أفرادا أو شركات القطاع الخاص، لتنفيذ الأشغال المتعلقة ببناء عقار، في مقابل أن تدفع له الأجر المتفق عليــــــــه[3]، وهذا الشخص الخاص من الطبيعي هو مقاولة أشغال عامة[4]، لكن إسناد تنفيذ الأشغال إلى شخص خاص ليس من شأنه أن يزيل عــــــــن العقد صفته العامـــة[5]، وتبقـــــــــى هـــــــــذه الحــــالة الأكثـــــــــــر شيوعا[6].

وما يؤكد اعتبار المتعامل المتعاقد(المقاول) من الأشخاص الخاصة، هو ما نصت عليه المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا، والتي تنص على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية تحقيقا للمساواة بين المقاولين المرشحين.

كما يمكن تنفيذ صفقة البناء من طرف الشخص العام نفسه[7]، فلازالت هناك مؤسسات عموميـــــــــة تزاول نشاط البنـــــــــاء، ولعل أشهرها كوسيــــــــدار Coceder، وذلك علـــــــــــــى الرغــــــــم مــــن أن

1- Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., pp. 583, 584.

2- Ibid., p. 583, note(3).

3- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص ص 3 ، 7.

4- Auby(M) et Ducos-Ader(R), op.cit, p. 437.

5- Conseil D'Etat, 4 Novembre 1964.

6- De laubadere (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 381.

7- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 6.

النظام الاقتصادي السائد في الوقت الحاضر هو نظام اقتصاد السوق، لذا يظل التعاقد معها يخضع للقواعد التي تسري على الأشخاص العاديين، ويبقى العمل العام لاينفذ بالضرورة من طرف الشخص العام نفسه[1].

ويسمى العقد الذي تبرمه الإدارة (الدولة بمفهومها الواسع) لإنجاز بناء ما أو تحويله بعقد الأشغال العامة Contrat de travaux public، وهذا الطريق للتنفيذ يطلق عليه أحيانا المقاولة[2]، بل إن عبارة " مقاولة " هي مرادفة لـ "صفقة الأشغال العامة" [3].

ويعرف القانون المدني الفرنسي عقدا يتضمن مفهوما مشابها(المادة 1787 وما يليها) المقابلة للمادة 549 من القانون المدني الجزائري، ومع ذلك، فالقواعد المطبقة على هذا العقد لا تتلاءم مع صفقة الأشغال العامة[4]. واستثناءا يلجأ القاضي الإداري إلى بعض نصوص القانون المدنـــــي كالمـــادة 1792 المتعلقة بمسؤوليـــــــــــة المقاولين والمهندسين المعماريين المقابلــــــة للمادة 554 من ق.م دون أن يكون مقيدا بالتفسير الذي يعطيه الاجتهاد القضائي المدني لهذه النصوص[5].

ويعد هذا العقد من أهم العقـــــــــود الإدارية المسماة التـــــــــي لها نظام قانوني خاص بها[6] نظرا للدور المنوط به باعتباره أداة أساسية لتنفيذ المشاريع الإنمائية المختلفة، وتنظـــــــــم العلاقات

1- كان قطاع الأشغال العامة والبناء في الماضي وحتى نهاية الثمانينات تديره الدولة عن طريق مؤسساتها العمومية الاقتصادية، إلى جانب بعض المقاولات الخاصة القليلة جدا، فكانت الدولة في تلك الفترة هي التي تقوم بنفسها بتنفيذ مشاريع البناء والأشغال العمومية بشكل عام حتى أواخر الثمانينيات، حيث بدأت بوادر الاقتصاد الجديد تلح في الأفق، وبالتالي

أصبح نشاط البناء يزاوله الخواص سواء كانت مقاولات وطنية أو أجنبية، بالإضافة إلى بعض المؤسسات العمومية التي لم تلحقها الخوصصة.

2- Auby (M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 437.
3- De Laubadère(A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 377.

4- Auby(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., op.cit., p. 437.

5- Ibid., p. 437, note (1).

6- سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار الفكر العربي، 2008، القاهرة ص 105. راجع أيضا، بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 24، هامش رقم:(17).

التعاقدية فيما بين طرفي هذا العقد دفاتر الشروط[1] باعتبارها عناصر مكونة للصفقة العمومية[2]، فهي التي تحدد الشروط التي تبرم وتنفذ وفقا لها الصفقة[3].

إن الأشغال العامة يعد مفهوما أوسع من مفهوم البناء Construction، وبالتالي فإن عقد البناء العقاري هو أحد أهم صور صفقة إنجاز الأشغال Marché de réalisation des travaux المنصوص عليها بالمادة 29 فقرة 3[4] من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا.

وإذا كان عقد أشغال البناء ينصب أو يقتصر محله على تشييد أبنية أو تحويلها، فإن عقد الأشغال العامة لاشك أن مجاله يتسع ليشمل مختلف أعمال البناء، وكل ما يتصل موضوعه بالعقار، كأعمال الصيانة والترميم والتجديد(التأهيل) والتهيئة والتعديل..الخ، ولا أدل على ذلك ما نصت عليه المادة 29 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي المذكور. والفقه من جهته يؤكد على ذلك، إذ يري بأن الأشغال العامة لاتقتصر على تلك المتعلقة ببناء عقار، ولكن يمكن أن تنصب هذه الأعمال على هدم عقار أو نقله أو إصلاحه أو صيانته[5]، لذا سوف نقتصر في إطار هذه الدراسة، على عقد البناء كصورة خاصة للصفقة العامة للأشغال.

و هكذا، فإن كلمة الشغل العام Travail public يجب أن تؤخذ بالمعنى الواسع، لأن الشغل العام لايقتصر على العمليات المعدلة لبنية العقار (البناء، الإصلاح، التحويل، الهدم)،

بل يشمل عمليات الصيانة، وحتـــــــى بشكـــل واسع مختلف العمليات المـــــادية التـــــــي يمكـــــــن أن تتعلـق

- -

- -

1- دفتر الأعباء يشتمل على شروط المقاولة بالتفصيل لاسيما **كيفية التنفيذ،** والآجال التي تتم فيها الأعمال المختلفة، وغير ذلك من الشروط التي يضعها رب العمل في الدفتر، و يوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المقاولة.

2- راجع المادة 147 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

3- راجع المادة 26 فقرة أولى من نفس المرسوم الرئاسي.

4- " تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف المقاول..".

5- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 5.

بالعقار مباشرة[1].

ويبـــدو أن المشـــــرع الجـــــزائري قـــد أخـــــذ بهذا المعنـــــى فـــي المـــــادة 29 فقـــرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا، التي تنص على أن الصفقة العمومية للأشغال" تشمل بناء أو تحويل أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها".

أما الأشغال المنقولة، فلا يمكن أن تكون أشغالا عامة مهما كانت أهميتها وحجـــــــم المنقول[2]، علما بأن القضاء الفرنسي تبنى هنا أي فيما يتعلق بالمنقولات والعقارات معايير القانون المدني، مثل اشتراط حد معين من التثبيت بالأرض[3].

وتعرف صفقة الأشغال العامة في الفقه الإداري بأنها عقد مقاولة يتعهد بمقتضاه شخص خاص(المقاول)، بتنفيذ عمل عام، لحساب شخص عام، مقابل أجر[4].

وعرفها آخر، تعريفا مماثلا بأنها عقد بمقتضاه يتعهد شخص خاص نحو شخص عام، بتنفيذ لحسابه عمل عام، في مقابل أجر، يدفعه له[5].

يلاحظ بأن الفقه الإداري الفرنسي يكاد يجمع على هذا التعريف، كما يبدو أن الفقه العربي استقر على الأخذ به أيضا.

1- De Laubadère (A) et Gaudemet et (Y), op.cit., p.342.

2- Ibid., p. 343.

راجع أيضا، سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 123.

3- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 230.

4- Mémento pratique, Immobilier, op.cit., A jour au 1er avril 1991, p.527.

راجع في نفس التعريف، محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 9.

5- « le marché de travaux publics est un contrat lequel une personne privée s'engage vis-à-vis d'une personne publique à exécuter pour son compte moyennant le versement d'un prix, un travail public ». V. Auby (M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 437.

وصفقة الأشغال هي عبارة عن عقد مكتوب بمفهوم التشريع المعمول به، أي وفقا للقواعد العامة في القانون المدني، لكنها تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية[1]، لأن تنفيذ الأشغال العامة سواء كان موضوعها بناء عقار أو ترميمه أو صيانته..الخ يكون لحساب شخص معنوي عام، تحقيقا للنفع العام.

وبالتالـ ـي، فإن صفقة أشغال البنـ ـ ـاء هـ ـ ـي عقـ ـ ـد إداري[2]، غيـ ـ ـر أن صفتها العامـ ـة هـ ـذه تستمـ ـدها مـ ـ ـن نص القانون، أي أنها تعد عقدا إداريا بنص القانون[3]، وهو فـ ـي نفس الوقت يعد عقـ ـ ـ ـدا إداريا وفـ ـ ـقا لأحكـ ـ ـ ـ ـام القضاء الإداري، حيث استقر القضاء الفرنسي منـ ـ ـ ـ ـ ـذ وقت بعيـ ـد علـ ـ ـ ـ ـى إضفاء الطبيعة الإدارية على هذا العقد. ويؤكد الفقه الإداري الفرنسي هذا الوصف، معتبرا

أنه لا يمكن للأطراف بشكل مطلق إعطاء السمة الخاصة للاتفاق الذي يظل ضمن هذه الفئة[4].

ويبرم عقد البناء العام بين الدولة أو إحدى هيئاتها العامة[5]، وتدعى المصلحة المتعاقدة من جهة، وشخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من جهة أخرى، يدعى المتعامل المتعاقد[6]، بقصد إنجاز منشأة عقارية، ولكـ ـ ـ ـ ـن العقد المبرم بيـ ـ ـ ـ ـ ـن فرديـ ـ ـ ـ ـن

- -

1- صفقة الأشغال هي عقد مكتوب يخضع إعداده وإبرامه وتنفيذه لقواعد خاصة نص عليها المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

2- إن العقود المتعلقة بالأشغال العامة بشكل عام هي عقود إدارية بالضرورة، ومن ثم فهي تخضع لقواعد القانون العام. راجع محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 3.

Voir aussi, Aubry (M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 438.

3- راجع المادتين 4، 6 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2016، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

يرى الفقه الفرنسي بأن عقد الأشغال العامة هو عقد إداري بالضرورة، وأن صفته العامة تستند إلى نص القانون. راجع:

De laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 378.

4- Aubry (M) et Ducos-Ader(R), op.cit, p. 438.

5- راجع المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

6- راجع المادتين37، 38 من نفس المرسوم الرئاسي.

(شخصين عاديين) حتى ولو تعلق بعمل عام لا يمكن أن يكون صفقة عمومية[1] للأشغال.

إن مفهوم صفقة الأشغال العامة يعتبر مفهوما جد ضيق، لأن الاجتهاد القضائي مستقر علـ ـ ـ ـ ـى ضرورة توافر شروط معينة، وهي: أن يكون العمل العام **بالضرورة عملا ماديا**، وأن يكون ذو طابع عقاري أي أن ينصب على عقار، وأن يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة.

والعمل العام حسب جانب من الفقه هو " عمل عقاري، يتم تنفيذه في إطار مصلحة عامة من طرف شخص عام أو لحسابه"[2].

وسوف لانستعرض هنا، كل شرط من هذه الشروط على حدة، وإنما نسلط الضوء على الجزء الذي نرى أن له علاقة بموضوع هذا البحث فقط.

إذن، يجـب أن يكتسـي العمل طابعا عقـاريا[3]، بمعنـى أن ينصـب على عقار أو يتعلق به، مما يعني هذا، أنه لا يشمل البناء Construction فقط [4]، والاجتهاد القضائي من هذه الناحية متوسع إلـى أقصى الحدود، فالعمل ليس فقط ذلك العمل الذي يتعلق ببناء عقار، لكن أيضا العمل المنصب على سبيل المثال على أحد المواضيع الآتية:

- هدم عقار
- تحويل عقار
- إصلاح عقار
- حفر عقار
- صيانة عقار، هذا يستبعد مثلا التنظيف ورش الطرق العامة،...

1- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 381.

2- « Le travail public est le travail immobilier exécuté dans un but d'intérêt général par une personne publique ou pour son compte » V. Auby (M) et Ducos-Ader(R), op.cit., op.cit., p. 405.

3- Auby(M) et Ducos-Ader(R), Ibid., pp. 301, 405.

راجع كذلك، محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 5.

4- محمد يوسف المعداوي، نفس المرجع، ص 5.

- نقل المواد لأجل تنفيذ العمل
- العمليات المختلفة كدفن ..[1].

والحقيقة أنه لا تعنينا كل هذه الأعمال في إطار هذه الدراسة، عدا عمليات تشييد بنـــــــــاء أو تحويله أو تجديده.

وبمعنى آخر، كل الأشغال التي يكون الغرض منها إقامة بناء أو تحويله أو تجـــــــــديده(تدعيمه) أي سواء ترتب على تنفيذ هذه الأعمال وجود بناء لم يكن موجودا من قبل أو تمديد مدة صلاحيته، كأعمال التقوية أو التجديد، أو تغييـــــــر وجهتـــــــه، كأعمال التعديل و التحـــــــــــــــويل ..الـــــــخ ولاشك أن كل هذه الأعمال تتعلق ببنية المبنى من أساسات، وجدرانه ..الخ، وهذا ما سوف نتعرض له عند كلامنا عن محل الالتزام بالبناء.

1- Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., pp. 407, 408.

المطلب الثانـي:

مضمون الالتـزام بالبنـاء

يلتزم المقاول كما سبق القول بتشييد بناء في الأجل خاليا من العيوب، وعلى ذلك لا تبرأ ذمـــــــة المقاول تجــــــــــاه عميله(رب العمل) إلا إذا راعى فــــــــــــي تنفيذه للبنــــاء شروط العقد من جــــــــهة، وقواعد الفن من جهة أخرى.

وبذلك، فإن التزام المقاول بالتشييد هو التزام ذو نتيجة مزدوجة، وهي مطابقة البناء للشروط والمواصفات المحددة في العقد ولقواعد الفن في آن وحد[1]، وهذا ما يتضح من خلال مقتضيات المادة 553 من القانون المدني التي أعطت لرب العمل حق مراقبة تنفيذ المقاول للعمل المعهود به إليه، وفق شروط العقد وقواعد الفن.

ولكن من المفيد أن نحدد أولا محل هذا الالتزام(**فرع أول**)، ثم محتواه(**فرع ثان**).

الفرع الأول: محـل التـزام المقاول بالبنـاء:

يمثل البناء المحل بالنسبة لالتزام المقاول[2]، لذا يجـب أن نحـدد مفهومـه أولا حتـى يتسنـى تمييـزه عـن المنشـأة العامة، فالشغل العام Travail public يعد مفهوما أوسع من مفهوم البناء العقاري، لأنه لا يشـمل فقط البناء Construction، بل يشمل أيضا الأعمال التمهيدية، الرابطة أو الضرورية للبناء[3].

إن التمييـز بيـن الأشـغال العامـة والخاصـة، والمنشآت العامـة والخاصـة له أهميـة بالغـة[4]. والواقــــــع أن الأشغال العامــــــــة والمنشآت العامـــــــــة تثيــــــــر القانون الإداري، والنـزاعات المتعلقة بهــــــا

1- Malinvaud (ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 76.

2- طالما أن عقد مقاولة البناء ينصب على تشييد مبان أو منشآت ثابتة تتصل بالأرض سواء قامت فوقها أو تحتها أو في مستواها. راجع، محمد عبد الرحيم عنبر، مرجع سابق، ص 54.

3- Mémento pratique, Immobilier op.cit., A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 527.

4- Liet-veaux (G), op.cit., p. 229.

تكون من اختصاص القضاء الإداري، فــــي حيــــــــــن تبقــــــى العلاقات بين المشيدين للأعمال العامة خاضعة للقانون الخاص[1].

وعليه، سوف نحاول تحديد مفهوم كلا من البناء**(أولا)** والمنشأة العقارية**(ثانيا)** علــــــــى التوالي:

أولا: تعريف البنــاء:

لقد أعطت محكمة النقض الفرنسية مفهوما واسعا جدا لكلمة Construction، حيث طبقتها على جميع الأعمال التي تشكل تحويل فعلي للأماكن، والضرورية للتعديلات التي تطرأ على الأعمال الكبرى[2]، غيــر أن هذه الكلمة لايمكن أن يتضح مفهومها جيدا إلا إذا عرضنا للتعريف الذي قدمه الفقه **(أ)** والتشريع **(ب)** لها.

أ- التعريف الفقهي للبناء:

البناء بمعنى Bâtiment كما عرفه الفقيهاء Malinvaud(ph) et Jestaz (ph) هو: " كل مبنى أجــــــوف، أقيــــــــم فوق الأرض، من شأنه أن يوفّـــــر للإنسان حــــــماية ولو جزئيـــــــة ضـــــد اعتـــــــــــــداءات وعناصــر الطبيعة الخارجيــة، يمكــن التحرك بداخله"[3]، ولا يهم الغرض الذي يقام البناء لأجله[4]، فيستــوي أن يخصص لإيواء الإنســان، كالمنــازل، أو الحيوانات، كالإسطبــل، أو الأشياء، فالإسطبلات ومخازن الغلال هي كذلك مبان كالمنازل تماما[5].

ومن التعريفات الفقهية أيضا لكلمة بناء، والتي يذكرها أغلب المؤلفيــن في مؤلفاتهم، نذكر تعريف الفقيــه أحمد عبد الرزاق السنهوري للبناء، حيث عرفه بأنه: "مجمــــــوعة من المــــــــــواد، مهما

- -

- -

1- V. Liet-veaux (G), op.cit., p. 229.
2- Ibid., p. 228.
3- op.cit., p. 125.
4- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري: الواقعة القانونية(الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب القانون)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 1999، ص 421.
5- Malinvaud (ph) et Jestaz(Ph), Ibid., p. 125, note (1).

كان نوعها- خشبا أو جيرا أو حديدا أو كل هذا معا، أو شيئا غير هذا- شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار"[1].

وعرفـه عبد الناصر توفيـق العطـار بأنه: " كـل شـيء متماسك من صنـع الإنسـان، اتصـل بالأرض اتصـال قرار"[2].

كما عرفه عبد الرازق حسين ياسين بأنه: " كل عمل أقامته يد الإنسـان، ثابت في حيـزه من الأرض، متصـلا بها اتصال قرار عن طريق الربط ربطا غير قابل للفك دون تعيب بين مجموعـة من المواد أيا كان نوعهـا، جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل طبقا لمقتضيات الزمان والمكان"[3].

فالمبانـــي جمـــع بنـــاء، وهـــي كـــل ما يرتفـع فوق سطح الأرض من منشـــآت ثابتـة من صنـع الإنسان، بحيث يستطيع الفـرد أن يتحـرك بداخلها، وأن يكـون من شأنها أن توفر له حمايـة ولو جزئيا ضد المخاطر الناتجـة عـن المؤثرات الخارجية، وهذا بغض النظر عن غرضها أو مكانها أو شكلها[4]، ومنها المنازل، المدارس، المستشفيات، المصانع..الخ.

ما يلاحظ على هذه التعريفات، هو أنها تتفق على ضرورة أن تتوافر فـي الشـيء حتى يكون بناء، عـدة شروط هي: الربط بين مجموعة من المواد أيا كان نوعها، واتصالها بالأرض اتصال قرار، بحيث لا يمكن نقل هـذه المـواد بعد أن أصبحـت تشكـل كتلـة

واحـــــــــــدة من مكانها دون تلف. وبذلك، فإن البنـــــــاء حسب

البـــــعض هـــــــــــــــو" تجـــــــميـــع منــــــــظم

للمـــــــــواد " un assemblage»

réfléchi de matériaux[5].

5- الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، ط 3، دار النهضة العربية، 1981، ص 1506.

2- تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، دون طبعة، مطبعة السعادة، دون سنة نشر، ص 9.

1- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 659.

4- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 283.

5- Viney (G), Les obligations : La responsabilité(Conditions), Traité de droit civil sous la direction de Ghestin (J), T. IV, LGDJ, 1982, p. 816.

ولا أهمية للمواد التي تستعمل في تشييد البناء، فقد يكون البناء مشيدا من الطوب أو الحجارة أو الخشب أو غيرها من المواد[1]، ويستوي أن تكون مواد طبيعيـــــة أو مصنعة[2] وتطبيقا لذلك، قضى الاجتهاد القضائي الفرنسي بتطبيق قواعد المسؤولية الخاصة على مبنى مشيد من الزجـــــاج لوضـــــــع نباتات وأزهار بداخله[3].

أما بالنسبة لشرط الاتصال بالأرض، قد يكون مباشرة، كالبناء على سطح الأرض أو بعمل أساسات فيها، وقد يكون بطريق غيـر مباشر، كبناء حجرة أو جـدار فـي دور علوي متصل بالأدوار السفلى، ثم يتصل بالأرض اتصال قرار[4].

والطابع العقـاري للبنـاء يستلزم وجـود أساسات يرتكـز عليها، بمعنـى التثبيت أو الإدماج بالأرض، ومن ثم، تكـون هنـاك بنايـة ابتـداء من اللحظـة التـي تظهر فيها كبنـاء له أساسات فـي عمـق الأرض، أو كبناء يحتـاج لأساسات قوية لأجل أن يصمد ويقوم فوق الأرض دون أدنى خطر[5]. ونجـــــــد في القانون العام تفرقة مشابهة

بخصوص المبانــــــــي المقامة فوق الطريق العام فالمباني التي ليست لها أساسات تمثل موضوعا لمجــرد ترخيص للتــوقف Permis de stationnement، فــي حـــين تتطلب المبانــــي ذات الأساسات الحصول علــــــــى رخصــة الطريــــــــــــــق Une permission de voirie [6]، والأشغال التي تتم على الطريــق العام من قبل أحد الأفراد بنــاء علــى ترخيص بالتطرق لاتعتبر أشغالا عامة حسب القضاء الفرنسي[7].

إذن، البنــــــــاء هو تجميـــــــــع منظم للمـــــــواد أيا كان نوعها، وهو لا يشمــل فحـــــــــــــسب البنايــــــة ذات

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 107.

2- علي فيلالي، نظرية الحق، دون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 349.

3- Cass.civ., 21 mars. 1979, D. 1979, p. 604.

4- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 9.

5- Antoine Vialard, Droit civil algérien : la responsabilité civile délictuelle, O.P.U., p. 109.

6- Vialard (A), Ibid., p. 109.

7- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 8.

الاستعمال السكني، إذ لاتهم الغاية من تشييد الأبنية، مثل منزل، مستودع..الخ، بل يطلق لفظ البناء حتى على المنشأة، مثل حائط، جسر، سد، قناة..[1]. ولا يشترط في البناء كذلك، أن يكون قد تجاوز أو لم يتجاوز مستوى الأرض[2]، أو أقيم على الدوام[3].

ب- التعريف القانونــي للبنــاء:

تجدر الإشارة هنا إلى وجوب عدم الخلط بين البناء كنشاط Action de construire والبنــاء كنتيجــة له، أي أن مفهوم البنــاء يختلف عن العمل الذي يتم لإنجازه.

والبنـاء كما ورد تعريفه فـي المادة 3-1 من قانون رقـ ـ ـم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية المذكور آنفا، هو: " كل عملية تشييد بناية و/أو مجمـوعة بنايات ذات الاستعمال السكنـي أو التجاري أو الحرفي أو المهني".

يلاحظ بأن المشرع في هذا النص، قد عرف البناء باعتباره نشاطا أو عملا مهنيا وليس كنتيجة مترتبة على القيام بهذا النشاط، وبتعبير أكثـ ـ ـ ـ ـ ـر دقة، عرف المشرع عمل البنـ ـ ـ ـ ـ ـاء وليس البنـ ـ ـ ـ ـ ـاء فـ ـ ـ ـ ـي حـ ـ ـ ـ ـ ـد ذاته.

كـما ورد تعريف البنـاء أيضا فـي المـادة 2-1 من قانـون رقم: 08-15 مؤرخ في: 20 جويلية 2008، يحـدد قواعـد مطابقـة البنايات وإتمـام انجـازها[4] بأنه: " كل بناية أو منشأة يوجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـه استعمالها للسكـ ـ ـ ـ ـ ـن أو التجـ ـ ـ ـ ـهيز أو النشاط التجـ ـ ـ ـ ـ ـاري أو الإنتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاج الصناعـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي والتقليـ ـ ـ ـدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات".

يلاحظ علـى هذا التعريف، أنه عرف البنـ ـ ـ ـاء (Construction) على أنه كل مبنـ ـ ـ ـ ـ ـى أو منشأة

1- Viney (G), op.cit., p. 816.

2- Viney (G), Ibid., p. 816. V. aussi : عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 108

3- علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 349.

4- ج.ر، عدد 44، ص 19.

يوجـ ـ ـ ـه استعمالها للسكن أو التجهيز أو لمزاولة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو فلاحي أو خدماتي، وبالتالي فهو لم يعرف البنـاء بالمعنى الفني، وإنما عرفه تعريفا وظيفيا

أي من خلال غرضه والأوجه التـي يستعمل فيها عادة. ولكـن من محاسن هذا التعريف، أنه اعتبر البناء مرادفا للمبنى Edifice والمنشأة Ouvrage.

ويقصـد بالبنـاءات حسب المـادة 23 من القـرار الوزاري المشتـرك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء المذكور آنفا، " كل منشـآت الأساسـات، والهياكل الفوقية، الأسوار، السقف"[1]. وهـذا لا يعد مفهوما، بل هو مجـــــــــرد بيــــــــــــان وتعداد للأجزاء الرئيسية التي يتكون منها البناء فحسب.

وقد حدد المشرع المباني العمومية دون إعطاء أي مفهوم لها من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 96-49 المؤرخ في: 17 يناير 1996 [2] الذي يحدد قائمـة المباني العمومية[3] المعفاة من إلزاميـة تأميـن المسؤوليـة المهنيـة والمسؤوليـة العشريـة، والذي جـاء تطبيقـا لأحكـام المـادة 182 فقـرة 2 من أمر رقـم: 95-07 مؤرخ فـي: 25 جانفي1995، يتعلق بالتأمينات، مذكـــور سابقا.

وهذه المباني هي:

1- الجسور،

2- الأنفاق،

3- السدود،

1- « **Les constructions** s'entendent de tous **les ouvrages de** fondations, de superstructures, de clos et de couvert,.. ».

2- ج.ر، عدد 5، مؤرخة في: 21 جانفي 1996.

3- تعني عبارة " Ouvrages publics" المنشآت العمومية" وليس المباني العمومية كما ترجمت.

4- القنوات،

5- الطرق،

6- الطرق السريعة،

7- الحواجز المائية التلية،

8- المكاسر،

9- الموانئ و المرافئ و مباني الحماية،

10- قنوات نقل المياه،

11- خطوط نقل السكك الحديدية،

12- مدرجات هبوط الطائرات.

والواقع أن هذه المنجـزات ليست مبـــــــان بالمعنـى الفنـي الدقيـــــق لكلمـة بنـــــــاء Construction وإنما هـي منشـآت عقارية Ouvrages immobiliers

ويذكر بأن كلمة Ouvrage ورد ذكرها أيضا في المادة 554 من القانون مدني، لكنها جـاءت مصحـوبة بلفظـة "الثابتـة"، كما استعمل المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة مصطلحا آخر، هو Construction، أما فـــي المادة 140 فقـــرة 2 من نفس القانــــون، فقـد وردت كلمـة بنايـة Bâtiment، وهي ذات مفهوم ضيـق مقـارنة بكلمـة Construction.

ومما تجـدر الإشـارة إليـه أيضـا، استعمـال المشرع فـي القانـون المدنـي كلمـة Ouvrage مرة بمعنــى منشــأة Ouvrage، وأخـــــرى بمعنــي عمل Travail[1]، ويستعمل قانون التأمينات رقـــــــــــم: 95-07 كلمـة منشـأة كـذلك بمعنـى بنايـة[2].

- -

- -

1- بالنسبة للمعنى الأول(منشأة)، راجع المادة 554 فقرة 1 و 2 من ق.م، وراجع في المعنى الثاني (عمل)، نفس المادة فقرة 3.

2- راجع على سبيل المثـــــال، المادة 181 فقرة 1 والمادة 182 فقـــــــــــرة 2 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينـــــــــات، معـــــــــدل ومتمم، مذكور آنفا.

ويستعمل القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء المذكور آنفا، كلمـة Bâtiment [1].

وعموما، يبدو أن المشرع لا يميز بين هذه الألفاظ من حيث مدلولها، ولعل ذلك يرجع إلى كونها مسألة مفاهمية من اختصاص الفقه والقضاء.

وكلمـة Bâtiment أضيـق مفهـوما من كلمـة Construction، وهـي بدورها لفـظ ضيـق جـدا مـن كلمـة Ouvrage[2].

وتعني كلمة بناية Bâtiment كل مبنـى أجوف من الداخل، بحيث يستطيع الإنسان أن يتحرك بداخله [3]. و لكن، هل المنشـأة والمبنـى لفظان مترادفـان فـي روح القانـون؟

ثانيا: تعريـف المنشـأة:

تفيد كلمة منشأة معنيين، فيدل المعنى الأول على العمل المنجز Le travail réalisé أو نتيجة هذا العمل L'ouvrage construit (المنشأة المشيدة)، أما المعنى الثاني، فيدل على جزء من الكل، ويتعلق الأمر هنا بالعنصر التجهيزي للبناية غير قابل للانفصال[4]، ولكن يجب التمييز بين المنشأة العقارية والمنشأة العامة.

أ- المنشأة العقارية:

المنشأة هي البناء في مجموعه مع كل عناصره الإنشائية والتجهيزية، وهي مفهوم جد واسع من مفهـــــــوم المبنــــى Edifice، إذ أنه يشـمل بعض الإنجازات التـي كـانت فـــــــــــي السابق لاينطبـــــق

- -

- -

1- راجع خاصة المادة 1/2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

2- Le tourneau (ph), op.cit., p. 485.

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 125.

4- نرجئ الكلام عن مفهوم المنشأة باعتبارها عنصر تجهيزي للبناية عند الكلام عن نطاق تطبيق الضمان العشري من حيث الأموال. راجع الصفحة 403 من هذه الأطروحة.

عليـها وصـف المبنـى، مثـل أشـغال الهندسـة المدنية، والطرق والشبكات المختلفة[1]، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية كمنشآت، أعمال البناء العقارية التي" تستدعي تقنيات البناء" « Qui font appel aux techniques du bâtiment » حتـــــــى ولو ظهرت كمنشآت الهندسة المدنيـــــــــــــــة[2].

والمنشـأة جـمع منشـآت، وقد ورد ذكـرها في المـادة 554 مـن القانـون المدنـي مصحـوبة بلفظـة الثابتة "Permanents"، وهي ليست مبان فـي حد ذاتها، وإنما هـي عناصر تجهيزية للبناية Eléments d'équipements de bâtiment، مرتبطة ارتباطا وثيقا بمنجـزات التهيئة ووضــــــع الأساس، والهيكـــــل، والإحاطة، والتغطية[3]، وهـذه الأخيرة أي المنجزات هي بنايات بمفهوم المادة 23 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات تنفيذ أشغـال البنـــــاء المذكـــــور آنفا، التــــي نصت علـــــى أن البنــــاءات تشمـــــل كل أعــــمال الأسس، والهياكل

الفوقيـ ـ ـ ـ ـة، والأسـ ـ ـ ـ ـ ـ ـوار، والتغطيـ ـ ـ ـ ـة[4]، ولعـ ـ ـ ـ ـل هـ ـ ـذه الأخيـ ـ ـ ـ ـرة يتطلب تنفيذها تقنيات البناء كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في: 31 مارس 1993.

وبذلك، فإن المنشآت الثابتة تشمل التجهيزات غير القابلة للانفصال، نظرا لارتباطها الوثيق بالمنجـزات (المنشآت) المذكورة، والتي تشكّل في مجموعها بناء (العناصر الإنشائية مع العناصر التجهيزية).

وعليه، يمكن القول بأن المنشأة Ouvrage قد تدل على معنـى العمل المنجز Travail exécuté أو على نتيجة هذا العمـل Ouvrage construit (المنشأة المشيدة)، سواء كانت منشـ ـ ـ ـ ـ ـ ـأة

- -

- -

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 108.

2- Ibid., p., pp. 108, 109.

3- راجع المادة 181 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور سابقا.

4- « Les constructions s'entendent de tous les ouvrages de fondations, de superstructures, de clos et de couvert ».

عامة أو خاصة، كما تدل كلمة منشأة أيضا على العنصر التجهيزي للبناية Bâtiment حسب المادة 181 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07 يتعلق بالتأمينات، أو للبنايات Constructions حسب المادة 23 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء المذكورين سابقا.

والعنصر التجهيزي يقصد به حسب المادة 181 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07 يتعلق بالتأمينات: " كل عنصر خاص بتجهيز بناية ما، يشكل جزءا لا يتجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـزأ من منجـ ـ ـ ـ ـزات التهيئـ ـ ـ ـ ـة ووضع الأساس، والهيكل، والإحاطة، والتغطية" .

ويعتبر جزءا لا يتجزأ من الانجاز، كل عنصر خاص بالتجهيز، لايمكن نزعه أو فكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز[1].

هذا، و قد عرف القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات تنفيذ أشغال البناء المذكور سابقا، هذه التجهيزات في المادة 23 فقرة 2 منه، لكن باعتبارها منشآت ثابتة، بأنها تلك التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت(المنجزات)، والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل.

إذن، يشترط في العناصر التجهيزية أن تكون مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنجزات(المنشآت) والتي تدخل عادة في تكوين هيكل البناية، ويضيف القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 في المادة 23 فقرة 2 منه، أن يكون ارتباط هذه التجهيزات بالمنشآت من شأنه أن يستجيب لقيود الاستعمال، وأن يكون مطابقا لاحتياجات مستعملها، مما يعنى هذا أن المنشآت لا يمكن أن تؤدي وظيفتها التي أعدت لها دون وجود تلك التجهيزات.

يتضح من التحليل المتقدم لمفهوم المنشأة، أن هذه الأخيـرة تبـدو تارة كبنـاء عقـاري، وتارة

1- راجع المادة 181 فقرة 2 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

أخرى كعنصر تجهيزي للبناية، أي جزءا من الكل [1]Une partie d'ensemble de l'ouvrage.

ب- المنشـأة العامـة: L'ouvrage public

إن خضوع العمل العام بالمفهوم الضيق والمنشأة العامة لنظام قانونـي واحد، قد أدى إلى إهمال تعريف المنشـأة، بالإحالة علـى مفهوم العـمل العـام، فظلت المنشأة العامة

تعتبر كعقار نات ـج أو يشك ـل موضوعا للعمل العام[2]، أي أن هناك علاقة ضيق ـ ـة بين مفهوم المنش ـأة والع ـمل العام، إذ أن عب ـارة عمل عام تستعمل للدلالة عل ـى المنشأة العامة نفسها، فضلا عن العمل المنفذ عليها[3].

إن المنشأة العامة هي عبارة عن عقار ناتج عن فعل الإنسان، عمل الهندسة المدنية أو البناء[4]، وهذا ما تضمنته فعلا المادة 29 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي رق ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـم: 15-247 المؤرخ في: 16سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا، بقولها:" تهدف الصفقة العمومية للأشغال، إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف المقاول"، والمنشأة حسب نفس النص هي: " مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية".

وعلى العموم، أن المنشأة العقارية هي نتيجة مترتبة عن تنفيذ الأشغال العامة، وبعبارة أخرى يؤدي الشغل العام إل ـى قي ـام المنشأة العامة أي الشغل الذي اكتمل إنجازه[5].

1- Dorothée Ngoungoure Mfenjou, L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de responsabilité civile et d'assurance des constructeurs, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit privé (Droit et santé), Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2, 2007, p. 37.

2- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y) op.cit., pp.357, 358.

3- Ibid., pp. 356, 357.

4- « L'ouvrage public est un immeuble résultant du fait de l'homme, œuvre de Génie civil ou bâtiment » V. Liet-Veaux(G), op.cit., p. 231.

5- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 173.

لكن رغم الارتباط الموجود بين المفهومين إلا أن هذا ليس دائما، إذ سنلاحظ بأن هناك أشغالا عامة لا يمكن أن تؤدي إلى إنجاز منشأة عامة[1]، حيث تكون هذه الأخيرة موضوعا للأشغال العامة وليس نتيجة لها.

ويجب أن يأخذ لفظ العقار بمعناه الواسع الذي يكتسيه في القانون المدني[2]، ولا يهم أن يكون العقار مبنيا أو لا (حالة الأشجار)، أو أن يكـ ـ ـون عقـ ـ ـ ـ ـ ـ ـارا بطبيعتـه أو بالتخصيص، ولا يهـ ـ ـ ـ ـ ـ ـم أيضا الطابع الوقتـي للمنشـآت[3].

وبمعنى آخر، إن مفهـوم العقـار يتحـدد وفقـا لمبـادئ القانـون المدني كأن يكـون هنـاك شـيء من الاتصـال بالأرض[4]، ولكن إذا كان العقار موجودا، فإن كـل الأشـغال التي تتعلق به يكـون لها طابع الأشغال العامة، كما في حالة أشغال الصيانة[5].

والأشغال المنقولة لا يمكن أن تكون أشغالا عامة، مهما كانت أهميتـها، وحجـم المنقـول[6] فمثلا منضدة قابلة للنزع، وضعت في مكان عام، لبلدية بمناسبة الاحتفال بالعيد المحلي، ليست عقارا ولا يمكن أن يكون عملا عاما، ونفس الشيء بالنسبة لحدائق قابلة للفك[7]، كما لايعتبر عملا عاما، بنـاء حظيرة متنقلة للطيـران، أو سفينة، أو عملية تسليم مال منقول..[8].

- -

1- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., pp. 357, 358.

2- Auby(M) et Ducos Ader(R), op.cit., p. 406.- Voir aussi, Liet- Veaux (G), op.cit., p. 230; De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p.343.

3- Auby(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 406.Voir aussi, علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص349.

4- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 343.

5- Ibid, p. 343.

6- Liet-veaux (G), op.cit., p. 230.

7- Ibid., p. 230.

8- Auby(M) Ducos-Ader(R), op.cit., pp. 406, 407.

الفرع الثانـ ـ ـ ـي: محتوى الالتزام بالبناء:

يجب على المقاول الذي اختاره رب العمل، أن يستجيب تنفيذه للالتزامات الملقاة على عاتقـ ـ ـ ـ ـه، تحت الرقابة الدائمة لصاحب العمل والرقابة النهائية لرب العمل، فلا يكفي لاعتبار المقاول موفيا بالتزامه أن يقوم بتنفيذ العمل المكلف به، بل يجب أن يكون هذا التنفيذ مطابقا لما هو متفق عليه في العقد من شروط ومواصفات ومتفقا مع ما توجبه الأصول الفنية[1] المتبعة في القيام بمثل هذا العمل.

وعلى ذلك، يجب لكي تبرأ ذمة المقاول نحو رب العمل أن يضمن مطابقة الأشغال(البناء) لشروط ومواصفات العقد من جهة، ولقواعد الفن من جهة أخرى، وهذا هو الالتزام بالمطابقة الذي يقصد به مطابقة الإنجاز لشروط العقد ولقواعد الفن في آن واحد.

ولقد نص المشرع على التزام المقاول بمطابقة الأعمال في عدة نصوص قانونية ولو بطريقة غير مباشرة[2]، نذكر منها المادة 553 من القانون المدني، والمادة 147 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا، التي تفرض على المقاول أن يكون تنفيذه للأعمال مطابقا لشروط العقد، وأن يتم في الآجال المحددة.

ويذكر في هذا الصدد بأن قانون رقم: 86-07 المتعلق بالترقية العقارية الملغى، كان يوجب في المادة 42 فقرة أولى منه، على " المكتتب بإحدى عمليات الترقية العقارية أن ينهي الأشغال إنهاء مطابقا"، على الرغم من أن المرقي العقاري لا يعتبر مقاولا، فجـ ـ ـ ـوهر مهمته، تتمثـ ـ ـ ـ ـ ـ ـل فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي

\- -

\- -

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 76.

2- أما المشرع المصري فقد نص عليه صراحة و ذلك في المادة 11 من قانون رقم: 106 لسنة 1976 بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء، التي أوجبت" أن يتـ ـ ـ ـ ـم تنفيذ البنـ ـ ـ ـ ـاء أو الأعمـ ـ ـ ـال وفقا للأصـ ـ ـ ـ ـ ـول الفنيـ ـ ـ ـ ـة وطبقا للرسومات والبيانات والمستندات التي منح على أساسها، وأن تكون مواد البناء المستخدمة مطابقة للمواصفات المصرية المقررة، ولا يجوز إدخال أي تعديل أو تغيير جوهري في الرسومات المعتمدة إلا بعد الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة بشؤون التنظيم".

التعهد بالبناء دون الإنجاز، كما هو الحال بالنسبة للمقاول.

وتجدر الإشارة، أن هناك اتجاها في القضاء الفرنسي يميز بين الأضرار المترتبة على عدم المطابقة للشروط التعاقدية والأضرار التي تستثير الضمان القانوني(العيوب المادية في البنـ ـ ـ ـاء) وهي عادة ما تكون نتيجة خرق للأصول الفنية المستقرة في مجال البناء، والنوع الأول من الأضرار يستثير قواعد المسؤولية العقدية، أما النوع الثاني، فإنه يدخل في نطاق الضمان القانونـ ـ ـ ـ ـي[1].

ولكن يبدو أن هذا الاتجاه لا يستند إلى أساس صحيح، لأن العبرة بدرجة جسامة الخلل Désordre ووقت حدوثه، إذ يختلف نظام المسؤولية المطبق بحسب ما إذا كانت الأضرار (الخلال) قد وقعت قبل الاستلام أو بعده، وينظر إلى درجة جسامة الخلل حتى بعد الاستلام لتقرير المسؤولية العقدية (مثلا الأضرار الوسيطة) أو الخاصة.

وعليه، نبدأ بمطابقة الأعمال لشروط العقد(**أولا**)، ثم مطابقة التنفيذ لقواعد الفن(**ثانيا**).

أولا: الالتزام بمطابقة الأعمال لشروط العقد:

يجب على المقاول أن يضمن مطابقة الأعمال لعقد المقاولة، سواء تعلق الأمر بمراعاة المخططات المعتمدة، أو بكيفية تنفيذ الأعمال، أو بجودة المواد، أو بتكلفة المشروع..الخ وفـ ـ ـ ـي حالة عدم اتفاق الأطراف، يجب تنفيذ العمل وفقا للقواعد والعادات المهنية[2]، فالمقاول كأي متعاقد، يسأل عن إخلاله بأي من الالتزامات المحددة في العقد المبرم مع رب العمل[3].

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على" أن عدم قيام المقاول بتنفيـ ـ ـ ـ ـ ذ البناء طبقا لما

- -

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص ص 117،120.

2- Saint-Alary(R), op.cit., p. 112.

راجع في نفس المعنى أيضا، أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 65.

3- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 115. راجع كذلك فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي نفس المعنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـى، محمد حسين منصور، مرجـ ـ ـ ـع سابق، ص 77، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 324.

التزم به في عقد المقاولة هو واقعة مادية، يجوز إثباته بالبينة والقرائن"[1]، ونفس الحل أقرته محكمة النقض الفرنسية، حيث أكدت على وجوب مطابقة الأعمال للمشروع[2]، أي احترام قيود العقد، كالتكلفة، التصاميم، المقايسات.

وبشكل عام، يقع على عاتق مؤجر العمل locateur d’ouvrage التزام بتسليم عمل مطابق لما تم الاتفاق عليه[3]، وهو التزام بنتيجـ ـ ـة[4]، هـ ـ ـي تشييـ ـ ـ ـد عقـ ـ ـار أو منشـ ـ ـأ ثابت متيـ ـ ـن وخـ ـ ـال من العيوب وقت التسلم[5]. و في هذا الصدد يقول مازو، إن الالتزام بتنفيذ عمل بدون عيب يشكل التزاما بنتيجة، فرب العمل يجب عليه أن يثبت عيب في التشييد، لكن لا يتحمل إثبات الخطأ الذي يعتبر السبب الذي أدى إلى وقوع العيب[6]، فالمقاول هو الذي يجب عليه إثبات السبب الأجنبي، لكي يتخلص من مسؤوليته، وهذا على غرار المبدأ العام في القانون العام لعقد المقاولة[7]، فلا يوجد أي سبب قوي لعدم تطبيق هذا المبدأ كليا وبكل بساطة على عقد مقاولة أشغال البناء[8].

ومن ثم، فإن مسؤوليـ ـة المقاول تتحقق فـ ـ ـ ـ ـي حالة عدم مطابقة الأعمال للشروط والمواصفات

1- إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: عقد المقاولة (فقها وقضاء)، طبعة أولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص 33.

2- Cass, civ3, 19 mars 1969, Bull.civ.III, n 243, p. 187.

3- Paris, 18 oct. 1979, D., 80. 109, Voir aussi, Malinvaud (Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 76.

محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 116 وما بعدها.

ويستفاد هذا الالتزام في القانون الجزائري من مفهوم المخالفة لنص المادة 553 من القانون المدني، التي تنص على " وجوب مطابقة التنفيذ لشروط العقد".

4- Le tourneau (ph), op.cit., p. 473.

راجع كذلك، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 323.

5- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص ص 324، 325.

6- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., pp. 569, 570

7- Ibid., p. 569.

8- Ibid

المتفق عليها أو تأخره في تسليمها عن الموعد المحدد[1].

وبوجه عام، يكون المقاول مخلا بالتزامه على النحو المذكور، إذا جاء العمل معيبا [2] بسبب عدم مراعاة بنود العقد.

أ- تنفيذ الأعمال وفق المخططات المعتمدة:

لقد أشار المشرع إلى هذا الواجب ضمن مهام الهيئة المكلفة بالرقابة التقنية على تنفيذ مشاريع البناء، إذ تسهر هذه الهيئة على رقابة تنفيذ الأشغال والتأكد من مطابقتها للمخططات المعتمدة، وطرق التنفيذ المحددة[3]، كما أشار إلى ذلك أيضا بالمادة 76 من قانون رقـــم: 04-05 المعدل والمتمم لقانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 المذكور سابقا، التي تمنع إنجاز أشغال البناء دون احترام المخططات البيانية التي سمحت بالحصول على رخصة البناء.

وفي هذا الـصدد، يلتـزم المهندس المعماري المشرف بالتحقق من مطابقة الأعمال المنجزة للمخططات البيانية، علما بأن هذه المخططات تعد شرطا أساسيا للحصول على رخصة البناء[4].

ولما كانت التنفيـذ المـــــــادي للبناء من عمل المقاول، فهو ملزم بالتنفيذ طبقـا للتصميمـــات والرسوم والنماذج التي وضعها المهندس المعماري[5] وإلا كان مسئولا عن عدم مراعـاة ذلك وإذا تبين للمقاول عند تنفيذه للأشغال وجود أخطاء في التصاميم والرسوم، وجب عليـــــــه أن ينبــه

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 115، نعيـــــــم مغبغب، مرجع سابق، ص ص 44، 45، محمد حسين منصـــــــور مرجع سابق، ص77.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 325.

3- راجع المادة 3 فقرة 3 من مرسوم رقم: 86-205 مؤرخ في: 19 غشت 1986، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء مذكور آنفا.

4- راجع المادة 55 من قانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، مذكور آنفا.

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 90.

رب العمل والمهندس المعماري إليها في الوقت المناسب حتى يمكن تدارك ما قد تؤدي إليه هذه الأخطاء من أضرار[1].

ولكن، هل ينتهي دور المقاول عند تنبيه المهندس المعماري ورب العمل إلى الأخطاء الموجودة في التصميم والرسوم الهندسية، أم أنه يلزم بالامتناع عن تنفيذها إذا كانت تلك الأخطاء قد بلغت حدا من الجسامة؟

لقد استند المقاول في إحدى النزاعات القضائية من أجل دفع مسؤوليته إلى القول بأن العقد الذي يربطه برب العمل لايفرض عليه ســوى أن يكـــــــون التنفيذ متطابقا مع التصميـــــــم الهندســـــــي والمقاييسات التي عهد إليه بتنفيذها،

وأن دوره يقتصر على تنفيذ الأشغال دون أن يكون له الحق في إدخال تعديلات على التصميم الهندسي أو وقف تنفيذه(2).

وإذا كان المقاول ملزم بتنفيذ الأشغال وفقا للتصميم الهندسي (الدراسة الهندسية)، فليس معنى ذلك، أن يقوم بالتنفيذ حتى ولو كان التصميم مخالفا للأصول الفنية المستقرة فـي ميـــــــدان البنـــــــاء، والتي لا يمكن أن يجهلها مقاول محترف، ويتوافر ذلك بلاشك إذا كان التصميم الهندسي يعرض متانة البناء لخطر الانهيار أو يجعله غير صالح للسكن، أو يعرض ملك الغير للخطر(3).

كما يملك المقاول سلطة الاعتراض على تنفيذ التصميم الهندسي المخالف لأصول الفن المعماري الموضــــــــــوع من طرف رب العمل نفســـــــه، خاصة إذا كان هذا الأخيـــــــر يفتقر للخبــــــــــرة والتخصص في هذا المجال المهني(4).

1- عبد الرازق حسين ياسين، مرجع سابق، ص 421.

2- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية التعاقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 63.

3- نفس المرجع والصفحة.

4- نفس المرجع، ص ص 64، 65.

Voir dans le même sens, la jurisprudence française citée par : Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1191, op.cit., pp. 513, 514.

وإذا أصر رب العمل على تنفيذ الأشغال بالرغم من إخطار المقاول له بما تنطوي عليه تلك الأعمال من خطر يهدد سلامة البناء أو سلامة الأشخاص، فلا يمكن بحث مسؤولية المقاول في هذه الحالة على أساس الإخلال بواجب الإعلام أو النصح أو التحذير(1).

ويلاحظ هنا أن التأكد من مطابقة التنفيذ للمخططات من واجبات المهندس المعماري، كما يدخــــــل هذا الواجــــب أيضا ضمن المهام المخــــولة للهيئة المكلفة بالمراقبــة التقنية للبناء، حيث تتولى هذه الأخيرة مهمة الرقابة التقنية بالاتصال مع

البناة[2]، مع العلم بأن تدخل هذه الهيئة في مشاريع البناء يكون بموجب عقد يربطها برب العمل[3].

وهكذا، يجب على المقاول أن يقوم بالإنجاز وفق المخططات المرفقة بالعقد والموضوعة من قبل مهندس معماري معتمد، وبالطريقة المحددة من طرفه، لأن المهندس هو الذي يحدد الأطر العامة الواجب إتباعها لتنفيذ البناء والأشغال الفنيـ ـ ـة طبقا لمبادئ قانون البنـ ـ ـ ـ ـاء وعملا بأعـ ـ ـ ـ ـراف وتقاليد المهنة[4].

ب- تنفيذ الأعمال بالطريقة المحددة في العقد:

يتعين على المقاول طبقا للمادة 553 [5] من القانون المدني المعدلة بقانون رقم: 05-10 أن يقوم بتنفيذ الأعمال المتعلقة بإنجاز البنـ ـ ـ ـ ـ ـاء وفق شروط العقـ ـ ـ ـ ـ ـد، ومنها طريقة التنفيذ[6]، وفـ ـ ـ ـ ـي

- -
- -

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية المسؤولية التعاقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 65.
Voir aussi, Cass.civ., 19 nov. 1970, D., 1979. som.82.

2- راجع المادة 3 فقرة 5 من مرسوم رقم: 86-205 مؤرخ في: 19 غشت 1986، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء آنف ذكره.

3- راجع المادة 18 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

4- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 44.

5- تنص المادة 553 من ق.م المعدلة بقانون 05-10 على أنه: " إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب، أو **مناف لشروط العقد،** جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له... ".

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 65.

الأجل المحدد وإلا قامت مسؤوليته[1]، مما يعني أن المقاول الذي لا يراعـ ـ ـي في تنفيذ الأعمال الشروط والمواصفات المتفـ ـق عليها يعـ ـ ـ ـد مخـ ـ ـلا بالتـ ـ ـ ـ ـزاماته نحـ ـ ـ ـ ـ ـو رب العمـ ـ ـ ـ ـل الذي يمكنه ممارسة الحقوق المقررة له قانونا.

كما يجب على المقاول كذلك في إطار صفقة الأشغال العامة أن يقـوم بالتنفيذ وفقـ ـ ـ ـا لاشتراطات الصفقة التي تتعلق مثلا بجودة المواد، أصلها (تتضمن الصـ ـفقات غالبا المحاجر التي يجب على المقاول أن يورد منها)، الأبعاد وموقع المنشآت،..الخ[2].

إن المهندس المعماري هو مـ ـ ـن يحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـدد أساليب وتقنيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـات الإنجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاز أي كيفيات التنفيذ وأساليب ذلك[3] في عقد المقاولة أو في دفتر الشروط لاسيما وأن مقاولات البناء (صفقات البناء) عادة ما تكون مصحوبة بدفتر الشروط. ويؤكد الفقه من جانبه بأن المهندس المعماري هو الذي يحدد عادة الأساليب التي يجب إتباعها في التنفيذ[4]، ولكن يجب أن يراعي في تحديدها قواعد الفن والقوانين واللوائح التنظيمية.

فإذا لم ينص العقد صراحة على طريقة تنفيذ معينة، وجب إتباع الأصول الفنية التي تقضي بها مهنة البناءو عرفها وتقاليدها[5]، والاستعانة بالاختصاصيين لمعرفة ذلك[6]. وإذا تجاهل المقاول تلك الأصول ولم يأخـ ـ ـذ بها عد متجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاوزا لحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـدود مهنتـ ـ ـ ـ ـه، ويجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـوز عندئذ مساءلتـ ـ ـه مـ ـ ـ ـ ـ ـن طرف رب العمل، لأن مجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـرد مخالفـة أصول مهنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة البنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء والعمـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـران يشكل خـ ـ ـ ـ ـ ـ ـطأ يولّد

- -

1- يتعرض المقاول المخل بالتزاماته حسب المادة 147 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العموميـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة وتفويضات المرفق العـ ـ ـ ـ ـ ـام المذكور سابقا، لجزاءات ماليـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة Pénalités financiers دون الإخلال بالجزاءات الأخرى المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

2- Auby(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p.450.

3- راجع المادة 3 فقرة 6 من مرسوم رقم: 86-205، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، مذكور سابقا.
4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 323.
5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 65.
6- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 44.

المسؤولية[1].

وهكذا، يجب على المقاول طبقا للمادة 553 من القانون المدني، وكذلك المادتين 29 فقرة 3، 147 فقرة أولى من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم: 15-247 أن يتقيد عند تنفيذه للأعمال بالطريقة المحددة في العقد أو دفتر الشروط[2]، ولأجل ذلك تقرر لرب العمل حق مراقبة تنفيذ المقاول للأعمال وفق الطريقة المتفق عليها، ورتبت له حقوقا في حال الإخلال بذلك[3].

وفي هذا الإطار، يمكن للإدارة باعتبارها صاحبة المشروع، أن تأمر بهدم ما تم من أعمال على خلاف المقرر، وإعادته من جديد على حساب المقاول[4].

وقد تتدخل الإدارة في كيفيات تنفيذ الأشغال وتغييرها، وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد[5]، كأن تطلب من المتعاقد معها(المقاول) استعمال طريقة غير تلك التي يجري عليها العمل، فهي التي تحدد للمقاول كيفيات تنفيذ الصفقة[6] إعمالا لسلطتها في الإدارة[7] بواسطة أوامر الخدمة.

ويختلف حـــــــق الإدارة (رب العمل) فـــي التدخل فـــي اختيار طرق التنفيذ باختلاف العقود وفقا لمدى ارتباط العقد بالمرفق العام، ففـــــي عقود الأشغال العامة يسلم مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطات واسعـــــة فيـــما يتعلق باختيـــــــــار المـــــــواد وطرق التنفيـــــــذ طالما أنها هـــــــــــي صاحبـــــــة

1- جعفر الفضيلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة)، دون طبعة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1997، ص 386.

2- راجع المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

3- راجع في هذا المعنى، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 78.

4- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 33.

5- نفس المرجع، ص 29.

6- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 402.

7- Ibid., p. 402

المشـــــــروع، وبالتالي لها الحق في توجيه التنفيذ[1].

ويجيز المشرع في المادة 553 من ق.م المقابلة للمادة 650 من ق.م.المصري لرب العمل متى لاحظ أثناء سير العمل، أن المقاول يقوم به على وجه معيب، أو **مناف للعقد،** أن ينذر هذا الأخير للعدول عن طريقة التنفيذ خلال أجل يحدده له وإلا حق له في حالة الرفض أن يطلب الفسخ أو التنفيذ بواسطة مقاول آخر طبقا لأحكام المادة 176 من ق.م المقابلة للمادة 209 من ق.م. المصري[2].

ويرى جانب من الفقه المصري أن هذا الحكم يعد استثناء على الاستقلالية التي يتمتع بها المقاول في تنفيذ العمل، لأنه لا يجوز لرب العمل أن يتدخل في تحديد الطريقة التي يتم تنفيذ الأشغال وفقا لها سواء بطلب تغييرها أو تعديلها أو بطلب استبدالها بطريقة أخرى.

والحكمـــــــة من تقرير هذا الاستثناء، هـــي أن تنبيه المقاول إلى عدم ملاءمة أو جـــدوى طريقـــة التنفيـــذ المتبعة من طرفه، يحول دون استمراره في الخطأ، وحتى يأتي العمل في النهاية سليما وخاليا من العيوب.

أما إذا لم يقم رب العمل بإنذار المقاول بضرورة العدول عن طريقة التنفيذ على الرغم من عدم صحتها، فإن ذلك سوف يؤدي من دون شك إلى إنجاز عمل معيب (غير متقن) لايمكن إصلاحه في الغالب ما لم يتم هدمه وإعادة بنائه من جديد[3].

ويبدو أن حق التدخل الممنوح لرب العمل أثناء تنفيذ الأشغال، له دور وقائي[4]، يتمثل في الحيلولة دون التنفيذ المعيب للأشغال، أو إصلاح الأشغال المعيبة في حينها على الأقل، وهذا في الواقع هو قصد المشرع من تقرير هذا الحق.

1- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 29.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 267.

3- راجع في معنى قريب من هذا، عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 268.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 83.

كما أن صلاحية الرقابة التي تثبت لرب العمل أثناء سير العمل قد تكون مفروضة عليه، إذ أنها ليست مجرد حق خالص له، وإنما هي أيضا واجب مفروض عليه طبقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ويظهر ذلك حينما يمتنع رب العمل عن تنبيه المقاول إلى العيب أو الخطأ في التنفيذ، أو يتقاعس في القيام بذلك، وبالتالي، فإنه يعد مخلا بواجبه في تقديم العون لعميله[1] مما يترتب على ذلك، عدم استحقاق رب العمل للتعويض عن الضرر الذي كان من الممكن تلافيه لو أنه قام بتنبيه المقاول إلى ما في عمله من عيب في الوقت المناسب[2].

ولكن قد يتحمل المهندس المعماري المسؤولية عن سوء تنفيذ الأشغال إلى جانب المقاول إذا كان مكلفا بإدارة المشروع والرقابة على حسن تنفيذه، لأن المهندس المعماري ملزم طبقا لالتزامه بالرقابة بالتحقق من مطابقة الأعمال للتصاميم[3]، ومن تقيد المقاول بأساليب التنفيذ المحددة، إذ يعد أهم التزام يقع عليه[4].

وعلى ذلك، فدور المهندس المعماري لا يقتصر على تحديد طريقة التنفيذ فحسب، بل يساهم إلى جانب المقاول في التنفيذ المادي للبنـــاء (الأعمال)[5]، وذلك مـــن خـــلال الرقابـــة علـــى حسن سير عملية التنفيذ[6] عن طريق زياراته المنتظمة للورشة ولو على فترات متباعدة وإجرائه للاختبارات على أجزاء العمل، كأخذ

عينات من الخرسانة المسلحـــة مثلا لأجـــل فحصها، وإذا اتضح له أن جـــــــزءا من الأشغـــــــال قد تـــــم على نحو معيب، جـاز له أن يطلب من

- -

- -

1- أنظر، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 268.

2- أنظر، محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 119. راجع أيضا، عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل مرجع سابق، ص 84، هامش رقم:(1).

3- راجع المادة 21 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

4- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 83.

5- أنظر، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 323.

6- نفس المرجع، ص 223.

المقاول هدمها وإعادة بنائها من جديد[1].

ونشير في الأخير، أنه يجب على المقاول أن لايقصر أو يتهاون في إخبار عميله حول التأسيس الجيد للأشغال، وأحسن السبل لتنفيذها[2]، وعند الإخلال بذلك، فإن مسؤوليته سوف تقوم إلا إذا أثبت أن عميله كان أو يفترض فيه أن يكون على علم بمخاطر العملية[3].

ج- مراعاة جودة المواد المستعملة في البناء:

إذا كان الأصل هو أن يقتصر تعهد المقاول على تقديم عمله فقط، على أن يقدم رب العمل المادة التي تستخدم أو يستعان بها في إنجاز العمل، فإن الوضع يختلف في مقاولات أشغال البناء، إذ يغلب فيها أن يتعهد المقاول بتوريد المواد التي يستخدمها في تنفيذ الأشغال[4] وفي هذه الحالة، لايلتزم المقاول بضمان جودة ما ينجزه من أعمال فقط، بل يلتزم بضمان جودة المواد التي تعهد بتوريدها وخلوها من العيوب[5].

فقد يعزى أحيانا تعيب البناء أو تهدمه إلى وجـــــــــود عيب في المواد المستعملة فـــــــــي تشيـــــــده، فيسأل المقاول هنا عن التـــــــــهدم أو العيــــــب بسبب تقصيـــره فـــــــي اختيـــار مــــواد البنـــــــــاء وليس بسبب سوء التشييد، لأنه ملزم بتوريد مواد مطابقة للمواصفات ولقواعد الفن، لذا قد يسأل المقاول عن ضمان جـــــــــودة المواد التي تستخدم فـــــــــــي البناء إذا كان هو الذي قام بتـــــــوريدها طالما أنه ملـــــــزم طبقـــا للمــــــادة 551 ق.م بتـــوريد مــــــــواد مطابقــة للمواصفــات ولقواعد الفــــــــن ويضمن المقاول فــــــي هذه الحــــــالة، عيـــــــوب المادة التـــي تعهد بتوريدها ضمان البائــــــع[6] خاصـــــــة

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 323.

2- Collart Dutilleul(F) et Delebecque(Ph), op.cit., p. 591.

3 - Ibid., p. 591.

4- أما في عقود الأشغال الخاصة، فإن رب العمل هو الذي يلتزم بتوريد مواد البناء، بينما يقتصر المقاول على تقديم عمله فقط، وهو الوضع الغالب، وهذا في الواقع ما تنص عليه المادة 550 فقرة أولى من ق.م.

5- راجع المادة 551 من ق.م.

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 69.

إذا كان المقاول مشيدا[1].

ولكن هل يلزم المقاول بضمان جودة المواد وخلوها من العيوب حتى ولو لم يكــــن هو المورد؟

في الحقيقة يتحمل رب العمل في هذه حالة نتيجة ما قد يترتب عن سوء اختياره للمواد التي تم استخدامها في إنجاز المنشأة من أضرار، وهذا ليس إلا تطبيق لنص المادة 551 من

القانون المدني، ومع ذلك قد يسأل المقاول عن رداءة المواد التي تعهد رب العمل بتوريدها إذا ما قصر في واجب إبداء النصيحـــــــة له، وفـــــــــي هذا الصدد يتحـــــــمل Couvreur نصــــــــح رب العمل وتحذيره من الأخطار الناتجة عن جودة المواد، كما يلزم باستعمال هذه المواد حسب الغرض الذي أعدت له[2]، وطبقا لقواعد الفن، أي أن يكون استعماله لها سليما وآمنا[3].

إذن، لايسأل المقاول عن عيوب المواد التي يستخدمها في تشييد البناء إذا لم يكن هو الذي تعهد بتوريدها، وهذا ما يستفاد من ظاهر نص المادة 551 ق.م. ولكن قد يسأل عن عيوب المواد إذا كانت من الوضوح، بحيث لاتخفى على مقاول في نفس مستواه الفني، أي أنه لا يكون مسئولا عن العيوب غير الظاهرة في المواد الموردة من رب العمل، والتي لا يمكن له اكتشافها بالفحص الفني الدقيق، لأن هذه العيوب تكون في حكم القوة القاهرة، وبالتالي لا يمكن أن يسأل المقاول عنها.

كما يجب على المقاول أن يراعي في استخدامه للمواد أصول الفن سواء كان هو المورد لها أو لا، ولكن بالرجــــوع إلى نص المادة 552 فقرة أولى من القانون المدني نجــــد أن المقاول يكون

1- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p.417.

2- Cass.civ1, 20 juin.1995, Bull.civ.I, n 276 cité par : Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph) op.cit., p. 591, note(2).

3- Philippe Malinvaud, « La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction », Recueil Dalloz 1999, 9e Cahier, Chronique, p. 90.

ملزم فقط بمراعاة قواعـــد الفن فـــــــــي استخـــــــــدامه للمـــادة إذا كان رب العمل هو من تعــــــهد بتوريدها [1]، ولعل هذا الإلزام ليس إلا تكريس لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود المنصوص عليه بالمادة 107 فقرة أولى من ق.م.

وعلى ذلك، يعد المقاول مرتكبا لجريمة تبديد الأشياء[2] إذا ما أساء استخدام المادة وفقا لقواعد الفن.

د- احترام رغبات رب العمل:

يجب على المقاول أن يستجيب تنفيذه للبناء للرغبات المشروعة لعميله، أي ما لم تكن هذه الرغبات مخالفة لقواعد فن البناء. وقد سبق القول بأن الفقه مجمع على أن المقاول يتحمل التزام بنتيجة، هي بقاء البناء الذي شيده سليما ومتينا طيلة مدة العشر السنوات التي تعقب استلام الأعمال، لذلك لايجب مخالفة هذه النتيجة لأجل تلبية رغبة رب العمل.

والحقيقة أن تلك النتيجة لايمكن بلوغها إلا إذا راعى المقاول عند تنفيذه للأعمال، فضلا عن شروط العقد، قواعد الفن وأعراف المهنة وتقاليدها، فالمقاول ملزم قبل كل شيء بأن يكون تنفيذه للبناء مطابقا لشروط العقد من جهة، ولقواعد الفن من جهة ثانية[3].

وعلــــــى العمــــــــوم، إن الغاية التـــــــــي يسعـــــــــى رب العمــــــــل لتحقيقها من وراء تشييـــــــد الأبنيـــــــة والإنشاءات هي صلاحية هذه الأخيرة للسكن بشكل سليم(آمن)[4]، ولكـــــــــن إذا كانت هذه النتيجـــة هــــــي الغاية التـــــــــي يرجوها كل من يرغب فـــــــــي تشييد بناية أو منشاة عقارية، فإن المقاول

1- يلاحظ بأن المقصود بمراعاة قواعد الفن في استخدام المادة حسب الفقرة الأولى من المادة 552 من ق.م ليس هو إتباع أو التقيد بطريقة معينة متعارف عليها في تنفيذ العمل المتعهد به عند استخدام المقاول للمادة، وإنما عدم الإسراف في استخدامها فحسب، وهذا الواجب يفرض فقط على المقاول في حالة تعهد رب العمل بتوريد المادة حسب النص المذكور.

2- راجع المادة 376 من أمر رقم: 66-155 مؤرخ في: 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.

3- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 45.

4- نفس المرجع والصفحة.

ملزم بتحقيقها حتى وإن لم يشترط ذكرها في العقد[1].

ولما كانت الغاية من تشييد الأبنية ليست واحدة، فإن المقاول ملزم بتحقيق الغاية المحددة في العقد، ولكن يجب ألا تتعارض رغبـــة رب العمل مــــع النــــــظام العــــام، لذا فالمقاول ملزم بأن يراعي في تشييد الأبنية قواعد الفن المعماري[2].

وعلى ذلك، يجب على المقاول ألا يستجيب للرغبات غير المشروعة لرب العمل، أي إذا كانت رغباته مخالفة لقواعد فن البناء، وفي هذا الإطار، يجب على المقاول أن يرفض التنفيذ طبقا للتعليمات الخاطئة لعميله وإلا كان مسؤولا عن كل ما يترتب عن تلك التعليمات من نتائج أو آثار سلبية.

وفي هذا الصدد، أوجبت محكمة النقض الفرنسية على المقاول التزام بالإعلان عما تنطوي عليه تعليمات رب العمل من مخاطر، وتبعا لذلك، يجب على المقاول أن يحذر عميله من العواقب التـــــــــي ستترتب على التعليمات التي يتلقاها منه فــــــي حــــــــال تنفيذها، وإذا أصر علــــــــى موقفه فللمقاول أن يطلب أمرا مكتوبا بالتنفيذ.

ولكن إذا كان تنفيذ الأشغال وفقا لتعليمات رب العمل يؤدي إلى إلحاق أضرار بالغة بالعقار المجــــاور، فما على المقاول إلا أن يمتنـــــــع عن التنفيـــــذ[3]، ولا تستلزم محكـــــــــمة النقض الفرنسية

1- الحقيقة أن هذه النتيجة هي التي دفعت المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي والمصري إلى إخضاع المشيدين لقواعد المسؤولية الخاصة كما سنرى لاحقا.

2- عبد اللطيف الحسيني، المسؤوليـــــــة المدنيـــــــــة عن الأخـــــــــطاء المهنيـــة، مشار إليه في: نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 45 هامش رقم:(3).

3- Cass.civ3, 19 juil. 1969, Revue de Cassation, n. 506, p. 381 cité par : عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري، مرجع سابق، ص 64، هامش رقم:(1).

و نرى في هذا الصدد بأن المقاول يكون ملزم بالامتناع عن تنفيذ الأشغال وفقا لتعليمات رب العمل متى كان تنفيذها يشكل خطرا جسيما على سلامة الأشخاص و الممتلكات، و لعل هذه التعليمات تكون منطوية على مخاطر بالنسبة للسلامة العامة متى كانت مخالفة لقواعد الفن و تشريعات البناء و العمران.

في حالات أخرى، أن تكون المخاطر على درجة كبيرة حتى يلزم المقاول بالامتناع عن التنفيذ[1]، حيث قدم الاجتهاد القضائي الحديث مثالين يتعلقان بصاحب العمل[2].

ثانيا: الالتزام بمطابقة الأعمال لقواعد الفن[3]:

يجمع الفقه والقضاء سـواء في فرنسا ومصر على طبيعة التزام المقاول، وهـو التزام بنتيجة[4]، وهي أن ينفذ –طبقا للأصول الفنية- عملا خاليا من العيوب[5]. وتقيد المقاول في تنفيذ الأعمال بقواعد المهنة وأعرافها يفرضه علية واجب احترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ذلك أن لكل مهنة أصول وتقاليد يجب إتباعها ولو لم يتم النص عليها في العقد[6].

وقد نص المشرع على ضرورة مراعاة قواعد الفن في تنفيذ الأعمال في العديد من النصوص القانونية، ومنها المــــــــادة 553 من ق.م[7] والمـــــــــادة 2 فقرة أولى من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المذكور سابقا[8]، كما وردت عبارة القواعد الفنية كذلك فــــي المــــادة 43

1- Civ3., 16 oct et 29 Mai 1984, D. 1985, p. 431 cités par: أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 64، هامش رقم:(2).

2- Malinvaud (Ph) et Boubli (B), Revue de droit immobilier, Chronique 1980, p.434, col.1.

3- قواعد الفن هي قواعد المعرفة العلمية التقنية المتعلقة بالمعطيات الحالية المستقرة للعلم والتقنية. راجع:
Penneau (A), « La notion de règle de l'art dans le domaine de la construction », RDI oct.-déc. 1988, p.409.

4- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 130.

5- Fossereau (J), op.cit., p. 23 ; Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 76 ; Mazeaud (H et L, J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, op.cit., pp. 80, 81.

6- أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 65.

7- يلزم المقاول وفقا لنص المادة 553 فقرة أولى من ق.م بمراعاة أصول الفن في تنفيذ العمل المتعهد به تحت طائلة الفسخ أو التنفيذ العيني. والواقع أن نص هذه المادة لم يورد صراحة هذا الحكم، غير أنه يستفاد انطلاقا مما أوردته من تعابير، مثل عبارة: " إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على **وجه معيب**..". ويكون العمل معيبا إذا تم خلافا لقواعد الفن المعمول بها في القيام بمثل هذا العمل.

8- لقد وردت عبارة فن البناء L'art de construire بصدد تعريف الهندسة المعمارية في المادة 7 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

فقرة أولى[1] من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المذكور سابقا.

أما المادة 552 فقرة أولى من القانون المدني، فقد ألزمت المقاول أن يراعي أصول الفن في استخدامه للمادة، إذا كان رب العمل هو الذي قام بتوريدها.

ويفرض قانون الترقية العقارية رقم: 86-07 الملغى، على المكتتب بإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية، أن ينهي الأشغال إنهاء مطابقا[2] دون تحديد موضوع هذه المطابقة أو صورها.

ولا يعفى المقاول من المسؤولية في الصفقة العامة للأشغال إلا إذا كان تنفيذه للمنشأة أو أشغال البناء مطابقا للخدمات المنصوص عليها فيها[3].

ولكن، يجب أن تشمل المطابقة شروط العقد وقواعد الفن معا.

ويعتبر المقاول، كما وصفه جانب من الفقه الفرنسي، سيدا لقاعدة الفـن الذي ينتمـي إليـــــــه[4]

« L'entrepreneur est répute maitre de la règle de son art »، لذلك يجب على المقاول أن يقوم بالتنفيذ وفقا لما وصل إليه الفن المعماري[5]، وأن يتقيد بأصول الحرفة التي يزاولها[6].

كما يلزم المقاول الفرعي أيضا، بتنفيذ مهمته وفقا لقواعد الفن[7].

1- يترتب على عدم ضمان المستشار الفني، المتابعة الفعلية والمنتظمة للورشة، حق رب العمل في خصم مبلغ الخدمات التي لم تنجز فعلا أو غير **المطابقة للقواعد الفنية**..".

2- راجع المادة 42 فقرة أولى من قانون رقم: 86-07، مؤرخ في: 4 مارس 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ملغى.

3- راجع المادة 108 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

4- Albert Caston, La responsabilité des constructeurs, Le moniteur, 2e éd, 1979, p. 56.

5- عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، مشار إليه في: نعيم مغبغب، مرجـــــــع سابق، ص 45 هامش رقم: (3).

6- Caston(A), op.cit., p. 57.

7- Cass.civ3., 20 juill.1976: Bull.civ.III, n322 cité par : Liet-Veaux (G), Juris-classeur Construction, Fasc.302-1, 1998, n 17, p.3.

إن عدم مراعاة الأصول الفنية للبناء يعد أحد الأسباب القوية التـــــي تؤدي إلى تعيب المبانـــــــي وتهدمها، لذا يجب على المقاول أن يحرص على مراعاة تلك القواعد عند القيام بمهمته الرئيسية، والمتمثلة في التنفيذ المادي للبناء.

و تجدر الإشارة، أن واجب مراعاة قواعد الفن من طرف المقاول لا يقتصر على دور معين يقوم به، وإنما يشمل مهمة تنفيذ الأعمال بوجه عام، كالتنفيذ وفق الطريقة الصحيحة، وما تقتضيه أصول فن البنـــــــاء من وجـــــــــــــوب مراعاة بعض الاحتياطات عنـــــد التأسيس على الأرض، ووضع الدعائم الخرسانية..واستخدام المواد استخداما صحيحا..

ويعتبر من قواعد الفن ما يقضي به قانون التهيئة والتعمير من قواعد تقنية، يجب على المقاول مراعاتها، وفي هذا الصدد نصت المادة 3 من قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 المعدل والمتمم "...تخضع البنايات للقواعد العامة للتهيئة والتعمير المحددة في المواد أدناه من هذا.." .

وتعتبر رخصة البناء هنا كأداة رقابة مطابقة الأعمال (البنايات) لتلك القواعد لاسيما وأن هـــذه الرخصة لا تمنـــح إلا بنـــــاء علــــــــى مخططات بيانيـــــــة يراعى فـــي إعدادها أصـول وقواعـــد فـن البنــاء والهندسة المعمارية[1]، حيث يترتب على إنجاز الأشغال خلافا للتصميمات أو لرخصة البناء المسلمة جزاءات، وهي حسب الحالة، إما مطابقة البناء المنجز أو هدمه[2].

وعلى ذلك، فإنه يندرج ضمن التزام المقاول بمراعاة قواعد الفن في القيام بعمله، الالتزام باحترام النصوص التنظيمية[3]، إذ يجب على المقاول وكذلك المهندس المعماري، أن يحترم القواعد الإدارية والقانونية المطبقة علـى الأشغال التــــــــي هــــم مكلفـــــــون بإنجـــــازها[4]، كما يجـــــــب

1- راجع المادة 76 من قانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، مذكور آنفا.

2- راجع المادة 76 مكرر 3 والمادة 76 مكرر 5 فقرة 3 المضافتين بقانون رقم: 04-05.

3- Le tourneau(ph), op.cit., p. 472.

4- Ibid., p. 472.

عليهما معرفة والأخذ في الاعتبار الارتفاقات القانونية[1].

ويتم التأكد من مطابقة الأعمال المنجزة للأصول الفنية من طرف الهيئة العمومية المكلفة بتنظيم عمليات انجاز المباني أثناء البناء[2] وبعد الانتهاء من الانجاز، علاوة على مهمتها الأساسية المتمثلة في المراقبة التقنية للبناء، وذلك فيما يخص كل المباني التي تدخل ضمن صلاحياتها[3]، كما تقوم هذه الهيئة بإعداد التنظيم والقواعد التقنية الجزائرية فـــــــي مسائل البناء[4].

ويتم التثبت كذلك من مطابقة البناء للأصول الفنية من طـرف المهندس المعماري المكاف بإدارة الأعمال ومراقبتها[5].

وأخيرا، تتم معاينة مطابقة الإنجاز عند الاستلام[6].

وتثبت سلطة الرقابة على تنفيذ الأشغال كذلك، لرب العمل الذي يملك حق التدخل إذا رأى أن الأشغال تسير على نحو معيب أي مناف لقواعد الفـــــن، لأجل تدارك الوضـــع وعدم التمـــــــادي

1- Civ., 4 mars. 1971, Bull. civ. III, n 162 et 163.- 14 févr. 1973, Bull. civ.III, n 126 cités par : Le tourneau (ph), op.cit., p.472.

2- تتولى هيئة المراقبة التقنية للبناء في إطار المهام الموكلة لها قانونا، القيام بزيارات مفاجئة لموقع العمل (الورشة)، لأجل التثبت من أن المقاول يقوم بالإنجاز على نحو صحيح، وذلك طبقا لسلطتها في مراقبة البناء. راجع المادة 2 فقرة أولى من أمر رقم: 71-85 مؤرخ في: 29 ديسمبر 1971، يتضمن إحــــداث هيئة المراقبة التقنية للبنــــــاء وتحديد قانونها الأساســــــــي ج.ر مؤرخة في: 29 ديسمبر 1971، ص 38.

3- راجع المادة 18 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

4- راجع المادة 2 فقرة 3 من أمر رقم: 71-8، يتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء، مذكور سابقا.

5- وهذا ما نصت عليه المادة 43 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المذكور سابقا، والتي تقر بحق رب العمل في خصم مبلغ الخدمات التي لم تنجز فعلا أو غير **المطابقة للقواعد الفنية**، مما يعني وجوب مراعاة هذه القواعد من طرف المقاول عند تنفيذه للأعمال تحت الرقابة الدائمة للمهندس المعماري الذي يسهر على ضمان ذلك من خلال متابعته الفعلية والمنتظمة للورشة.

6- راجع المادة 10 مقطع 8 من نفس القرار الوزاري المشترك.

فيه بإنذار المقاول بأن يعدل إلى طريقة التنفيذ الصحيحة[1].

فواجب إعلام العميل هو قاعدة فن حقيقية[2].

- -

- -

1- راجع في هذه السلطة المخولة لرب العمل، المادة 553 من ق.م.

2- Cass.civ1, 29 juin 1964, JCP.64, 4, p.117 cité par : Liet-Veaux(G), op.cit., p. 202.

البـ ـ ـاب الثانـ ـ ـ ـي:

المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن الأضرار التي تلحق البناء قبل الاستـ ـ ـ ـلام:

مما لاشك فيه، أن رب العمل سوف يسعى إلى بحث مسؤولية المشيدين في حالة الأضرار التي تصيب البناء أثناء التشييد أو بعد الاستلام[1].

وإذا كانت المسؤولـ ـ ـ ـ ـة القانونيـ ـ ـ ـ ـة للمشيـ ـ ـ ـدين لا يبدأ سريان أحكـ ـ ـ ـ ـامها إلا بعـ ـ ـد انتـ ـ ـ ـهاء الأشغال وتسلمها من رب العمل بصفة نهائية، فإن المسؤولية التعاقدية للقانون العام بسبب عيوب البناء لا يمكن أن تثور **كمبدأ عام** إلا في فترة تنفيذ الأشغال، غير أنه يمكن تصور سريان أحكامها أيضا بعد استلام الأشغال، ولكن فقط بالنسبة للأضرار(العيوب) التي لا تثير الضمانات القانونية، أي خارج نطاق تطبيق المسؤولية الاستثنائية[2]، وكذلك الأمر مثلا في حالة إدارة المهندس المعماري لأشغال البناء خلافا لمواصفات رخصة البناء، إذ تكون مستبعدة[3].

إن مجال المسؤولية التعاقدية يخص إذن بصفة أساسية الفترة السابقة على الاستلام، ولكن هناك بعض الحالات اللاحقة للاستلام، تكون المسؤولية التعاقدية فيها هي المهيمنة[4].

ولما كان التأكد من حسن تنفيذ الأشغال يتم عادة أثناء الاستلام[5]، فإننا سوف نستعجـ ـ ـ ـل

- -

- -

1- Cécile Ripert, Essai d'une nouvelle détermination des responsabilités des constructeurs en matière de risques du sol : L'influence de la technique, thèse de doctorat d'Etat en Droit privé, Université de sud Toulon var, 24 Novembre 2008, p.12.

2- Saint-Alary (R), op.cit, p. 114.

3- Ibid., p. 115.

4- Ngoungoure Mfenjou (D), op.cit, p. 28.

5- يستحق المقاول أجره كاملا من وقت الاستلام، غير أنه يكون لرب العمل أن يرفض تسديد الأجر مقابل تنفيذ الأشغال كليا

أو جزئيا متى ثبت له إخلال المقاول بتنفيذ التزامه على نحو صحيح. راجع: محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ص 116 .117

الحـــديث عن الاستـــــــلام أولا، وهذا لارتباطه الشديد بمسؤوليـــــــة المشيـــــــدين، أي أن هنـــــاك تلازم وتعايش بين الاستلام والمسؤولية التشييدية، إذ لا يمكن الحديث عن هذه الأخيرة دون الكلام أولا عن عملية استلام الأشغال، وذلك من خلال الفصلين المواليين:

الفصل الأول: ماهية استلام المباني والمنشآت العقارية الأخرى.

الفصل الثاني: المسؤولية التعاقدية للمقاول والمهندس المعماري عن الأضرار التي تلحـــــــــق المنشأة أثناء الإنجاز.

الفصل الأول:

استـلام المبانـي والمنشـآت العقاريـة الأخرى

إن كلمة « Réception » تدل على فعل الاستلام، بمعنى تلقي الشيء أو أخذه، وهي مشتقة من اللغة اللاتينية « Receptio » ، كما تدل على استلام الأشغال الذي يعتبر تصرفا بمقتضاه يقّر الشخص الذي طلب الأشغال، بأن تنفيذها كان صحيحا ومرضيا، وانطلاقا منـــه، يبدأ أجل الضمان في السريان(1)، إنه الوقت الدال على مسؤولية المشيدين(2).

إن استلام المنشأة له أهمية معتبرة، إذ يشكل جوهر نظام مسؤولية المقاولين والمهندسين المعماريين[3]، إنه يحدد في الواقع الوقت الذي تبدأ منه هذه المسؤولية، حيث يمكن إعمال الضمان العشري وضمان تمام الإنجاز، وكذلك التأمين الإلزامـــــــــي من المسؤوليـــة العشرية[4]، أي

1- REY Alain et REY- DEBOVE Josette, Le Petit Larousse, Dictionnaires et encyclopédies Edition prestige, illustré 2009, p.1621.

2- Périnet- Marque(H), op.cit., p. 21.

3- Zennaki Dalila, « L'impact de la réception de l'ouvrage sur la garantie des constructeurs immobiliers », Revue trimestrielle Algérienne de sciences juridique économique et politique, Vol. 38, N 2, 2000, p.34 et s.

4- Périnet-Marquet(H), op.cit., p.21.

أن تطبيق الضمانات القانونية متوقف على وجود الاستلام الصريح أو الضمني للمنشأة[1].

وبذلك، فإن الاستلام يحدد باستثناء التحفظات المصاغة، نهاية مرحلة المسؤولية التعاقدية للمشيدين، وفـــي حـــــال غيـــاب التحفظات حـــــول العيـــــوب الظاهرة، فإن الأشغال تكـــــون مقبـــــولة على حالتها، وابتداء من هذا الوقت، يخضع المشيدون لأنظمة الضمانات وللمسؤوليات المستحدثة من طرف القانون[2].

فالبديهي أن استلام الأشغال لا يشكل نقطة بداية سريان المسؤولية العشرية متى صاحبه تحفظ على بعض النقائص، إذ تطبق في هذا الفرض المسؤولية التعاقدية بسبب سوء التنفيذ[3] غير أننا نعتقد بأن المسؤولية التعاقدية لا تعني سوى الأشغال التي تم التحفظ عليها، أما باقي الأشغال، فإن الضمان القانوني يسري بشأنها حتى ولو كان الاستلام مصحوبا بتحفظات[4].

أما فيما يتعلق بالصفقات العمومية، فإن مجلس الدولة الفرنسي أقر بأن الاستلام يضع حدا للروابط التعاقدية، ما يستبعد مبدئيا كل دعوى تهدف إلى إصلاح العيوب التي تنشأ بعد الاستلام، خارج الضمانات القانونية، وخاصة على أساس المسؤولية التعاقدية[5].

وعلى ذلك، لا يمكن إعمال المسؤولية التعاقدية للقانون العام بعد الاستلام، لأن هذا الأخير بدون تحـــــــفظ يضـــــــــع حدا للروابط التعاقدية التـــــــي تتولد عن الصفقة[6]، أي أنه ينهـــي المسؤوليـــــة

1- Jean.-Pierre Karila, « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », L'actualité juridique-propriété immobilière, 10 janvier 1997, p. 9, col.1.

2- Jérôme Huet, Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux, P.U.F, Paris., p.1347.

3- Civ1., 16 juill. 1964, Act. Jur. Prop. Immob., 1965.25 ; Civ3., 6 juin 1969, Bull., III, n. 455.- 16 févr. 1972, Bull., III, n 106, D., 1972. Som. 154 cités par: Le tourneau(Ph), op.cit., p. 481.

4- راجع لاحقا، ص ص 189، 190 من هذه الأطروحة.

5- Jean.-Pierre Karila, « L'architecte, un constructeur en clair- -obscur », Contrats publics- n79- juill.- aout 2008, p. 69, col 2, note(1).

6- Karila(J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p.7.

التعاقدية للمشيدين في مجال الصفقات العمومية[1].

واستلام الأعمال هو من ابتداع الممارسة التي كانت تجهل المبادئ التي تنظم الوفاء في الالتزامات بعمل، الأمر الذي أدى إلى استحداث وسيلة لتعيين إنتهاء عقد المقاولة. والاستلام لا يعني مع ذلك أي شيء آخر سوى استلام رب العمل ما قام الطرف الآخر بتسليمه له، فهو الوجـــــــه الآخر للتسليم[2]، وهو في حد ذاته ليس له أي مضمون طالما أن التسليم ينصب على عمل تام الإنجاز ومطابق بالفرض، لذا فهو مبرئ للمقاول[3].

و هكذا، فإن الاستلام هو مرحلة حاسمة في تنفيذ العقد(4)، حيث يفتح المجال لإعمال الضمانات الخاصة، أي أنه بمجرد انتهاء صفقة الأشغال العامة يتم معاينة تنفيذ هذه الأخيرة التي تفتح المجال لعمليات الاستلام(5)، وبالتالي يمكن إثارة ضمان تمام الإنجاز خلال السنة التي تعقب الاستلام، و الذي يظهر كضمان مطابقة العقار للخدمات المتعهد بها(6)، ثم يأتي وقت الضمان العشري الذي يطبق على المنشأة ذاتها، ويشكل هذا أو ذاك نوع من ضمان العيوب الخفية(7).

ونظرا لأهمية الاستلام في تحديد نوع المسؤولية التي تطبق على المقاول والمهندس المعماري عن سوء تنفيذ الأعمال، فإنه لابد من بحث عملية الاستلام، وذلك من خلال تسليط الضوء على ماهيته (**مبحث أول**)، ثم آثاره (**مبحث ثان**).

1- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 27.

2- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 540.

3- Ibid., pp.540, 541.

4- Huet (J), op.cit, p. 1346.

5- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 419.

6- Huet (J), op.cit., p. 1346.

7- V. Huet (J), Ibid., p.1346.

المبحـــــث الأول:

ماهيـــــة استـــــلام المنجـــــزات العقاريـــة

يعتبر الاستلام بمثابة الحد الفاصل ما بين نظامين مختلفين تماما، الأول هو نظام ما قبل الاستلام، إذ تكون المسؤولية التعاقدية للقانون العام هي المطبقة، أما الثانيK فهو نظام ما بعد الاستلام، ويسمح بتطبيق الضمانات القانونية(1).

ونظرا لأهمية الاستلام في معرفة نوع النظام المطبق على مسؤولية المشيدين في حالة وجود نقـــائص فـــــي تنفيـــــذ الأعمـــــــال، فإنه مـــن الضـــــــــروري تحـــــديـــــد مفهـــــــوم الاستـــــلام (**المطلب الأول**) وأنواعه(**المطلب الثاني**)، فضلا عن بيان صوره وكيفيات إجرائه(**المطلب الثالث**).

المطلب الأول:

مفهوم الاستلام وتمييزه عن الأوضاع المشابهة له

لم يقـــــدم القانون الجزائري تعريفا للاستلام على الرغم من أهميته البالغة، وقد اكتفـــــــى بالنص ولو بطريقة غير مباشرة على بعض آثاره، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى اعتناقه فكرة عدم الخوض في التعريفات، لكونها من اختصاص الفقـــه والقضـــــاء، لذاك وجــــب تعريف الاستــــلام(**الفرع الأول**)، ثم تمييزه عن بعض الأوضاع المشابهة له(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تعريف الاستـــــلام:

لم يورد المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري تعريفا للاستلام، بخلاف المشرع الفرنسي الذي عرف الاستلام في المادة 1792-6 فقرة أولى من القانون المدني، المستحدثة بقانون رقم: 78-12 المؤرخ في: 4 جانفي 1978، المتعلق بالمسؤولية والتأميـــــن فـــــــــي مجـــــــــال

1- لايمكن تطبيق الضمان العشري مثلا إذا لم يكن الاستلام قد حصل بعد، وتكون الورشة حينئذ جارية قانونا حتى ولو مضى على انتهاء الأشغال مدة طويلة، والقول بخلاف ذلك يكون على حد تعبير البعض أمرا سابقا لأوانه.

البناء، بأنه: تصرف يعبر بموجبه رب العمل عن قبوله للعمل (المنشأة) بتحفظات أو بدونها"[1].

أما الفقه، فقد حاول تعريف الاستلام من خلال ما يرتبه من أثر على مسؤولية المقاول وأمام تعدد هذه المحاولات، فإننا نقتصر على ذكر بعضا منها فقط :

Liet-Veaux بأنه عملية وجاهية لتبرئة المقاول عن تنفيذه الجيد للمشـروع[2]، وينهي عرفه (G)

الاستلام الرقابة العامة التي يمارسها المقاول ورب العمل[3].

Planiol et يشكـ ـ ـ ـ ـل إقرارا من رب العمـ ـ ـ ـ ـ ـل بأن المقاول قـ ـد أدى

والاستلام حسب الفقيهان Ripert

على نحو صحيح كل التزاماته[4].

وعرفه Béatrice Bourdelois بأنه تصرف قانوني بموجبه يعاين رب العمل حسن تنفيذ الأشغال المطلوبة[5].

، فإن الاستـ ـ ـ ـ ـلام يعنـ ـ ـي تأكيد العمل من طرف رب العمل، مما

وحسب ذلك تخليه عن مباشرة دعوى المسؤولية Saint-Alary (R) يعنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي لاحقا[6].

وعرفه Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) بأنه تصـ ـ ـ ـ ـرف بمقتضـ ـ ـاه يوافـ ـ ـ ـق رب العمل علـ ـى الأشـ ـ ـغال، ويقر كذلك بأن المقـ ـاول نفـ ـذ التزامـ ـه، وهذا التعريف تـ ـ ـم اعتمـ ـاده من طرف قانون 1978/01/04، المتعلق بالتأمين والمسؤولية في مجال البناء[7].

ومن التعاريف التي قدمها الفقه العربي للاستلام، نذكر ما يأتي:

- -

- -

1- « L'acte par lequel le maitre de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve ».

2- Op.cit., p. 259.

3- Liet-Veaux(G), Ibid., p. 259.

4- Op.cit., p. 185.

5- Droit civil : Les contrats spéciaux, 1e édition, Mémentos Dalloz, Paris, 2009, p. 57.

6- Op.cit., p.111.

7- Op.cit., p.77.

عرفه محـــــــــــــمد لبيب شنب، بأنه إقرار رب العمـــــــــل ما قام به المقـــــــــــاول من عمـــــــــل بعد معاينتـــــــــه[1]، واعترافه بأنه قد تم صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه ولما توجبه أصول الفن[2] وهو نفس التعريف الذي أورده محمد ناجي ياقوت[3].

أما د. زهدي يكن، فقد عرفه بأنه: " عمل يصدر عن صاحب الأمر، يعترف فيه أن التنفيذ كان صحيحا حسب شروط العقد.." [4].

من التعريفات السابقة يتجلـــــــى بأن الاستلام يسمـــــــــح لرب العمـــــــــل بمعاينة انجـــــــاز الأشغال وحسن تنفيذها، ومطابقة الأشغال لمضمون العقد وقواعد الفن في آن واحد[5].

وعلى العكس من ذلك، يري جانب من الفقه بأن الاستلام لا يتضمن الاعتراف بمطابقة الأشغال، وإنما معاينة الإنجاز لتوقعات العقد[6].

وهو إجراء شكلي كما يدل عليه اسمه، على قدر كبير من الأهمية، يعلن بمقتضاه رب العمل سواء المالك أو مؤجر موكل عن قبـــــوله للأشغال المنجزة من طرف المقاول أو المقاوليـن مع تحفظات أو بدونها[7]، غير أنه يلاحظ بأن مجرد إبداء تحفظات عند الاستلام لا يعني أن هذا الأخير لا يكون نهائيا[8].

ويجب عدم الخلط بين استلام الأشغال الذي هو تصرف بمقتضاه يتلقـى البائـع المرقي العقار من مؤجـري العمل مع معاينة الإنجاز، والتسليم الذي يتم بين نفس البائع والمشتري[9].

1- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 151.

2- نفس المرجع والصفحة.

3- مرجع سابق، ص 265.

4- مرجع سابق، ص 224.

5- Liet-veaux (G), op.cit., p. 260.

6- Huet (J), op.cit., p. 1347.

7- Ibid., p.1347.

8- وهذا حسب التصور الوحدوي للاستلام. راجع لاحقا: ص ص 189، 190 من هذه الأطروحة.

9- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 77.

وعموما ينتج عن التسليم والاستلام آثارا مختلفة تماما، فبينما الأول هو وضع العمل تحت تصرف رب العمل[1] بحيث يتمكن هذا الأخير من الاستيلاء علي ـــــــه والانتفاع به دون عائق[2] نجد الثاني هو عبارة عن تصرف قانوني بمقتضاه يعلن رب العمل عن تقبله للعمـــــــل وإقراره للأشغال[3].

ويكون رب العمل ملزم دائما باستلام الأشغال المنجزة من طرف المقاولين ولو لم يكن هو المالك النهائي للبنايات، مثل المرقي العقاري الذي يتعهد بالبناء لأجل البيع، حيث يلزم باستلام العقار من مؤجري العمل وتسليمه في نفس الوقت إلى المشتري.

ويختلف الاستلام عن شهادة المطابقة المسلمة من طرف الإدارة التي تعاين فحسب التنفيذ المطابق للقوانين والتنظيمات، وكذلك للتراخـ ـيص الإدارية المسلمة لأجل العملية الجارية[4] والتصريح بانتهاء الأشغال للإدارة لأجل تسليم شهادة المطابقة[5].

وعليه، فشهادة المطابقة هي وثيقة إدارية تثبت مطابقة البنايات [6] للتشريع والتنظيـــم المتعلق بشغل الأراضي وقواعد التعمير، وكذلك لرخصة البناء[7] المسلمة لإنجازها[8].

1- راجع المادة 558 من القانون المدني المعدلة بقانون رقم: 05-10 مؤرخ في: 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم أمر رقم: 75-58، مؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 89.

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 81.

4- Soinne (B), op.cit., p. 23. Voir aussi ce site, made.over-blog.com/article-34359189.html

5- made.over-blog.com/article-34359189.html

6- راجع المادة 9 من قانون رقم: 08-15 مؤرخ في: 20 جويلية 2008، يحـــــــــدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجـــــــــــــازها التي تحيل على قانون رقـــــــم: 90-29 مؤرخ في: 1 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئـــــــة والتعميـــــــر، معدل و متمم بقانون رقم: 04-05، مذكور آنفا.

7- راجع المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم: 91-179 المؤرخ في: 28 ماي 1991، يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة، وشهادة التقسيم، ورخصة البناء، وشهادة المطابقة، ورخصة الهدم وتسليم ذلك، معدل ومتمم.

8- يستخلص ذلك من نص المادة 15 نطة 2 والمادة 20 والمادة 24 فقرة 3 من قانون رقم: 08-15، يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام انجازها، مذكور آنفا.

الفرع الثاني: تمييز الاستلام عن بعض المفاهيم المشابهة له:

قد يختلط الاستلام مع انتهاء الأشغال الذي يعتبر مجرد واقعة مادية، ومع ذلك يلزم رب العمل قانونا بإخطار الجهة المختصة بانتهاء أشغال البناء[1]، حيث تقوم على إثر ذلك بتسليمه شهادة المطابقـــة بعد معاينتها للأشغال المنجزة، كما قد يلتبس الاستـــلام مع التسليـــــم بسبب التقارب اللفظي بين الكلمتين، ممــــا يقتضي التمييز بينهما.

أولا: الاستلام وانتهاء الأشغال[2]:

انتهاء الأشغال[3] هو مفهوم يتصل بقانون البناء، لذلك يجب تمييزه عن باقي العمليات القانونية الأخرى التي قد تشتبه به مثل الاستلام أو تسليم المال. وانتهاء أشغال البناء العقاري والضمان أمران متلازمان، إذ يفسحان المجال لنزاع ينتهي غالبا لصالح الملاك[4].

والواقع أن انتهاء الأشغال يسمح باستلام المال المكتمل، والقيام بالتصحيحات المحتملة للمشاكل الصغيرة، ما دام رب العمل قد يتقبل العمل المنجز بتحفظات أو بدونها[5].

ويلاحظ بأن ضمان تمام الإنجازGarantie de Parfait achèvement[6] يرتبط لزاما مـــــع انتهاء الأشغال، غير أنه لا يجـــــب أن يحـــــدث ذلك خلطا بيـــــــن الاستلام واكتـــــــــمال الأشغال الذي يعـــــــد

1- راجع المادة 56 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

2- إن مصطلح انتهاء الأشغال Achèvement يختلف عن مصطلح Parachèvement الذي يعني شبه الإنجاز، وبموجبه يلتزم صاحب الصفقة العامة للأشغال، بضمان جودة الإنجاز لمدة معينة، تختلف حسب طبيعة هذه الأشغال.

3- لقد أشار المشرع إلى هذا المفهوم فـــــــــــــي المادة 75 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئـــــة والتعمير، معدل ومتمـــــم وعرفه في المادة 2 نطة 4 من قانون رقم: 08-15، يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، مذكورين آنفا.

4-www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/notion-achevement-droit-construction-definition-8602.htm consulté : le 23 avril 2016.

5- V. Même site.

6- تجدر الإشارة أن القانون المدني الجزائري لم ينص على هذا الضمان الخاص ضمن أحكام عقد المقاولة المنصوص عليها بالمادة 549 وما بعدها، ولذلك نتساءل عن ضمان المقاول لعيوب البناء غير المؤثرة بعد الاستلام، هل يكون مسؤولا عنها استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام؟

مبدئيا شرطا لحصول الاستلام، وهذا الأخير يعد بدوره ضروريا لانطلاق الضمانات القانونية.

مبدئيا لا يحصل الاستلام إلا بعد انتهاء الأشغال[1]، لكن الاجتهاد القضائي يعتبر هذا ليس شرطا يفرضه القانون، إذ يمكن استلام الأشغال غير المنتهية خاصة عندما يترك المقاول الورشة قبل اكتمال الأشغال[2]، بشرط إقامة الدليل على إرادة رب العمل الصريحة في استلام المنشأة[3]، وذلك لأجل كفالة حماية رب العمل أو مؤمن الأضرار[4].

إذن لايتوقف الاستلام الصريح أو الضمني للمنشأة على اكتمال هذه الأخيرة، وهذا منذ قرار 12 جويلية 1989 [5] المؤيد في 9 أكتوبر 1991 [6].

وإذا كان اكتمال الأشغال لا يعتبر شرطا موضوعيا وضروريا لاستلام المنشأة، فإنه على العكس من ذلك، عدم اكتمال الأشغال يشكل دائما بالنسبة لرب العمل مبررا مشروعا لرفض الاستلام[7].

ومشروعية رفض الاستلام يقدر مع ذلك بالرجوع إلى حالة تقدم أو اكتمال الأشغال تحت رقابة محكمة النقض[8]، وفـي هـذا المعنى صادق قـرار محكمـة النقض الفرنسيـة فـي: 30 أكتوبر1991 علـى قـرار مجلس استئناف نانسـي الذي صـرح قضائيـا بالاستـلام بعد أن بيـــن بأن

1- Malinvaud(ph) et Jestaz(ph), op.cit., 78.

2- Cass.civ3, 12 juill.1989, Bull.civ.III, n161; 9 oct. 1991, Bull.civ.III, n230; 15 janv. 1997, Bull.civ.III, n10; RDI 1997, p.237, obs.ph.Malinvaud et Boubli; 11fév.1998, Bull.civ.III, n28 cités par: Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p.78, note(2).

3- Malinvaud(ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 78.

4- Périnet-Marquet(H), op.cit., p.22.

5- Cass.civ3., Bull. civ. III, n 161 cité par : Karila (J.-p), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 9, col.1.

6- Cass.civ3., Bull. civ. III, n 230 cité par : Karila (J.-P), Ibid., p. 9, col.1.

7- Karila (J.-P), Ibid., p. 9, col. 2.

8- Ibid., p. 9, col.2.

العقـار فعـلا قابـل للسكـــــــن[1]، وآخـــــــــر[2] فـــــــــــي 30 جـوان 1993 نقض قرار الاستئناف دون أن يبحـــــــث ما إذا كانت الأشغال عند وضع اليد على حالة تقبل الاستلام« En état d'être reçus » . وقد أصبحت هذه

الصياغة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي فـي هذا المجـال بحيث لا يمكن بمقتضاها إعلان الاستلام صراحة أو ضمنا إلا إذا كانت المنشآت على حالة تسمح باستلامها فعلا[3].

إن القضاء الإداري الفرنسي يبدو في الواقع أنه يستلزم دائما فيما يتعلق بالاستلام شرط انتهاء الأشغال[4]، ويستثنى بداهة من هذا الشرط، حالة توقف الأشغال تبعا لإنهاء الصفقة، إذ يضع حدا للروابط التعاقدية، ويبرر الاستلام[5].

فحسب العبارة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي، يجب أن تكون الأشغال منتهية أو تكون على حالة تسمح باستلامها على الأقل[6]، لكي يعتبر وضع اليد (الحيازة الفعلية للأشغال) تعبيرا ضمنيا عن الاستلام[7].

وقد حدد القانون الفرنسي للبناء والسكن في المادة 261-1 منه، مفهوم الانتهاء بصدد البيع على الحالة المستقبلية أو لأجل، التي نصت على" أن العقار المبيع يعتبر منتهيا، إذا كانت المنشآت قد نفذت والعناصر التجهيزية قد ثبتت، بمعنى ركبت.."[8].

1- Cass.civ3, Bull.cass.III, n206 cité par : Karila (J.-p), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 9, col.2.

2- Cass.civ3, Bull.cass.III, n103 cité par : Karila(J.-p), Ibid., p.9, col.2.

3- Karila (J.-P), Ibid., p. 9, col. 2.

4- CE 11 février 1991, Département des Ardennes, D. 1991, somm. P. 371 cité par : Karila (J.-P), Ibid., p. 13, col. 2.

5- Karila (J.-P), Ibid, p. 13, col. 2.

6- Ibid., p. 13, col. 2.

7- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 22.

8- « L'immeuble…est réputé achevé…lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à sa destination, de L'immeuble faisant l'objet du contrat ».

أما المشرع الجزائري، فقد عرف إتمام إنجاز البناية Achèvement de construction في المادة الثانية بند 4 من قانون رقم: 08-15 الذي يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها[1] بأنه " الإنجاز التّام للهيكل، والواجهات، والتهيئات التابعة لها".

كما عرف قانون رقم: 11-04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية آنف ذكره، " الإتمام الكامـــــل للأشغال" Achèvement des » travauxفي المادة 3 بند 12 منـــــــه، بأنـــــــــــــــــه: "رفع التحفظات التي تم إبداؤها على اثر الاستلام المؤقت للأشغال، وإصلاح عيوب البناء الملاحظة قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري".

يتضح من هذين النصين، أن تمام (Parfait) إنجاز الأشغال، يختلف عن انتهاء(Parachèvement) إنجـــــــــــــاز الأشغال، الذي يعني إتمـــــــــــام إنجـــــــــــاز البنايـــة من حيث الهيكـــــــــــــــــل، والإحاطة، والتهيئات التابعة لها، بينما يستلزم **الإنجاز التام** للأشغال حسب المادة 3 بند 12 من قانون 11-04، محـــــــــــــو التحفظات المعلن عنها أثنـــــــاء الاستـــــــــــــلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري، وبالتالي، فالاستلام المؤقت لا يمكن إجراؤه إلا بعد إتمام البناء، و إن صاحبته بعض النقائص، طالما أن الاستلام النهائي لا يمكن إجراؤه حسب نفس المادة إلا إذا تم رفع التحفظات المعلن عنها أثناء الاستلام المؤقت، وإصلاح العيوب الملاحظة في البناء.

وقد تضمنت نفس الحكم[2]، المادة 10 نطة 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 الذي يحدد كيفيات ممارسة تنفيـــــــــذ الأشغال في ميدان البنــاء، أما المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام، فإنه يسمح بإجـــــــــــراء الاستـــــــــلام بتحفظات أو بدونها على حسب ما تقرره المصلحـــــــــــة المتعاقدة بعد معاينتـــــــها

1- مؤرخ في: 20 يوليو 2008، آنف ذكره.

2- لا يمكن إجراء الاستلام النهائي للمنشأة حسب النص المذكور أعلاه، إلا بعد إزالة التحفظات المبداة عند الاستلام المؤقت.

للأشغال المنجزة، وهذا تكريسا لمبدأ وحدة الاستلام[1] الذي لم يتم الأخذ به في السابق، وهذا ما لم تتضمن الصفقة مدة ضمان، إذ يجرى الاستلام في هذه الحالة على مرحلتين، استلام مؤقت ونهائي[2].

وهكذا يمكن أن نخلص إلى أن الاستلام المؤقت والنهائي لا يمكن إجراؤهما حسب القانون الجزائري إلا إذا كانت الأشغال مكتملة، طالما أن عدم محو التحفظات المبداة أثناء الاستلام المؤقت، و إصلاح عيوب البناء المعاينة يمنع حصول الاستلام النهائي للمشروع العقاري وذلك مع مراعاة أحكام المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي نصت على حكم مغاير بشأن أثر إبداء التحفظات على نوع الاستلام.

كما أنه، وبالرجوع إلى المادة 558 ق.م، نجد أن اكتمال العمل[3] المطلوب إنجازه يعتبر شرطا لحصول الاستلام، كما أن أجرة المقاول لا تكون مستحقة كقاعدة عامة إلا من وقت تسلم العمل، أي أنه لا يجوز للمقاول المطالبة بالأجرة قبل ذلك الوقت، فهي تستحق مقابل العمل المنجز، وإلا حق لرب العمل الامتناع عن تسديدها.

ولكن تقدير اكتمال المال العقاري لا يقتضي قانونا الأخذ في الحسبان المطابقة لتوقعات العقد إذا لم يكن لها طابع جوهري، والنقائص التـــي لا تجـــــعل

المنشـــــــــآت وعناصـــــــــــــر التجهيز غيـــــــــر صالحة للغرض الذي أعدت له، بمعنى أن هذه الأخيرة لا تنفي واقعة تمام الإنجاز[4].

1- راجع الفقرات 2، 3، 4، 5 من المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العموميـــــــة وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

2- راجع الفقرة 6 من المادة 148 من نفس المرسوم الرئاسي.

3-"عندما يتم المقاول العمل.."، فطبقا لهذا النص، لا يمكن للمقاول أن يستعجل عملية التسليم، ويجوز لرب العمل رفض الاستلام إذا لم يكن العمل تاما، أو في حالة تسمح بتسلمه على الأقل.

4- Huet (J), op.cit., p. 1347- Voir aussi, Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op. cit., p. 345.

ثانيا: الاستلام والتسليم:

التسليم في النهاية ليس سوى التزام تبعي بالنظر إلى الالتزام بالتشييد، وهو من حيث أجله يستكمل بإنجاز العقار، أي أن التسليم لا يحصل إلا باكتمال العقار[1]، وهذا ما أقره المشرع صراحة بالمادة 558 من القانون المدني[2]. والتسليم لا يمكن تصور حصوله إلا بعد انتهاء الأشغال وتسلم رب العمل لها من عند المقاول[3].

ويجب على رب العمل أخذ حيازة المنشأة، وهو التزام لا يترتب على تنفيذه في معظم الحالات أي أثر قانوني سوى انتقال حراسة العقار إلى رب العمل بعد أن كانت للمقاول بمفهوم المـــــــــــادة 1384 فقرة أولى من القانون المدني الفرنســــــي المقابلة للمـــــادة 138 مدنـــــــــي جــــــــزائري

وبالتالي لا يتضمن تنفيذ هذا الالتزام المصادقة على الأشغال المنجزة[4]، ولكن إذا أثار رب العمل اعتراض جوهري حول مطابقة أو صلابة المنشأة، فله أن يرفض التسليم، ويعلن

رفضه عن طريق رسالة مسجلة[5]، وهذا ما أقره المشرع بمفهوم المخالفة لنص المادة 558 من القانون المدني[6].

- -

- -

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.345.

2- تنص المادة 558 من القانون المدني على أنه: " عندما **يتم** المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل..".

3- Laabid Jihad, Responsabilité décennale des constructeurs en matière immobilière : Entre les insuffisances légales et les réformes envisageables, Mémoire pour l'obtention le diplôme de Master en droit des affaires, Année Universitaire 2011-2012, p.6. Publié sur le site suivant : http://www.marocdroit.com/Memoire-de-fin-de-cycle-pour-l-obtention-du-diplome-du-Master-en-droit-des-affaires-La-responsabilite-decennale-des_a3986.html

الواقع أنه لا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلا على العمل(البناء)، فهذا هو التسلم لا التسليم، وهو واجب على رب العمل لا المقاول. راجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 89.

4- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 77.

5- Ibid., p. 77.

6- يجوز لرب العمل بمفهوم المخالفة لنص المادة 558 من القانون المدني، أن يرفض أخذ حيازة المنشأة إذا كانت لديه مبررات مشروعة، كما لو كانت المنشأة لا تستجيب لتطلعاته المشروعة، أو بها عيوب تحول دون تحقيق الغرض من إقامتها.

و من ثم، فالتسليم يقتصر أثره على نقل حراسة العقار فحسب، وبالتالي المقاول يكون هو الحارس بمفهوم المادة 138 من القانون المدني المقابلة للمادة 1384 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي، إلى حين تسليم العقار (الأشغال) إلى رب العمل، فيحل هذا الأخير مكانه عندئذ[1].

إن الفائدة المتعلقة بتعريف إنهاء الأشغال، هي لأجل تحديد ما إذا كان العقار قد تم إنجازه فـــــي الأجل المتفق عليه، وتكون هذه الفائدة أكبر في البيع لأجل أين يتوقف انتقال الملكية على معاينة الإنجاز، بمعنى تقدم الأشغال[2]. والبيع الذي يتم بعد الإنجاز لا يكون سوى بيع عادي بينما يكون بيعا لما سيشيد، إذا تم بعد الإنجاز، إذا كان البائع قد تعهد

بالبناء[3]، فلا يكفي إذن أن يكون البيع قبل الإنجاز، وإنما يجب أن يكون مقترنا بتعهد بالبيع من طرف البائع، وهذا ما أكدته محكمة النقض عندما نقضت قرارا تبنى وصف البيع لما سيتم تشييده دون أن يعاين وجود هذا التعهد[4]، وفي نفس المعنى، قضت محكمة النقض بأن البيع الذي بمقتضاه تعهد البائع فقط بإنهاء Les plâtres والمشتري تكفل بنفسه بعمل ثانوي، حال بأنه بيع عادي، لأمكنة غير منتهية[5].

إن التسليم والاستلام هما عمليتان لاتختلطان ببعضهما البعض، أي أنهما غير متداخلتين ولكن لا يمنع إجراؤهما في وقت واحد[6].

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 77.

2- راجع بالنسبة لعقد البيع على التصاميم، المادة 28 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.340.

4- Civ3., 20 mai 1980, Bull., n 104 ; RDI 1980.439 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 340, note (3).

5- Civ3., 22 fév. 1984, RDI 1984. P.424, obs. Grosliere et Jestaz cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 340, note(4).

6- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p.81.

ويمكن حصول الاستلام قبل التسليم(Pré-réception)، وذلك عندما يعطي رب العمل موافقته على العمل بعد اطلاعه عليه[1].

وقد يجري الأطراف استلام مسبق رسمي، وفي مثل هذه الحالة، يقوم المقاول بإعادة الأعمال غير السليمة على أن يتم استلام بمعنى الكلمة دون تحفظ[2].

وقد يكون الاستلام لاحقا للتسليم، وذلك حينما يمتنع على رب العمل الكشف على المصنوع في الوقت الذي وضع يده عليه، مثل الحالة التي يضطر فيها لحيازة الشيء قبل اكتماله[3].

وكثيـــــــــرا ما يتأخــــــــــر حصول الاستلام إذا تضمن محضـــــــــــــــــــــر الاستلام سلسلة من التحفظات، والتي عادة ما تكون بسيطة، مما يتعين إذن تأخير الاستلام(Queue de réception) لأجل رفع التحفظات[4]، ولكن إذا كانت هذه التحفظات هامة، فإن رب العمل سوف يرفض الاستلام حتى إزالة التحفظات[5].

وقد يحصل الاستلام على مرحلتين متعاقبتين، خاصة في عقود إنجـــــاز أشغال البناء العامـــــة وخلافا لعقود أشغال الإنجاز الخاصة، التي يتم الاستلام فيها عادة على مرحلة واحدة.

1- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 224.

2- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 81.

3- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 224.

4- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 81.

5- Ibid, p. 81.

المطلب الثانـــــــــــــــــــــي:

أنـــــوع الاستـــــــلام

كان الاستلام في فرنسا يتم على مرحلتين متعاقبتين، غير أن القانون الجديد لسنة 1978 المتعلق بالتأمين والمسؤولية في مجال البناء، تخلى عن تلك التفرقة بين نوعي الاستلام التي جرى بها العمل ميدانيا، والمعروفة تحت اسم الاستلام المؤقت والنهائي [1].

كما تم العمل بنظام الاستلام المزدوج بالنسبة لعقود القانون العام إلى غاية 1976، حيث كان استلام الأشغال العامة تسيطر عليه التفرقة المعروفة للاستلام[2].

ويبرر جانب من الفقه الفرنسي ازدواجية الاستلام هذه، على أساس أن قبول الأشغال يتم على مرحلتين: لأن رب العمل لا يمكنه أن يتثبت من المنشأة من خلال فحصها مرة واحدة عند انتهاء الأشغال لإظهار التحفظات، وإنما يتأتى ذلك بواسطة قبول نهائي لرفع التحفظات[3].

ويتفق هذا الرأي على ما يبدو مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 10 بند 8، 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء المذكور آنفا، التي تفيد بأن التأكد من حسن الإنجاز يتم من خلال الاستلام المؤقت والاستلام النهائي[4]، وكذلك المادة 3 نطة 12 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية عنـــــــــــد تعريفها " الإتمــــــــــــام الكامــــــــــــــــــــل للأشـــــــــــغال" (Parachèvement

---

1- Huet(J), op.cit., p. 1347.- Voir aussi, Malinvaud (ph) et Jestaz(ph), op.cit., pp. 77, 78.

2- DE laubadère (A) et Gaudemet (Y), op.cit., p. 419.

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph) cité par : Huet (J), op.cit., p.1347, note(108).

4- يلزم المستشار الفني حسب القرار المذكور أعلاه، بتقديم المساعدة لرب العمل عند الاستلام المؤقت من خلال إدلائه بالتحفظات الواجب الإشارة إليها(م.10 بند 8)، كما يلزم من جهة أخرى، بالسهر على رفع التحفظات واقتراح الاستلام

النهائي على رب العمل(م.10 بند 9)، واقتراح رفع الكفالة على رب العمل، وتسديد مقتطع الضمان للمقاول عند الاقتضاء(م.10 بند 10).

(Des travaux، غير أن المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لا تجعل من إبداء التحفظات أو رفعها شرطا يتوقف عليه تحديد نوع الاستلام.

وقد تعرض الرأي الفقهي المذكور أعلاه، للنقد بسبب تكريسه لفكرة ازدواجية الاستلام التي نتجت عنها صعوبات في تحديد الانطلاق الدقيق لآجال الضمان[1]، كما أن الاستلام تعقبه فترة تقوية ضمان الإنجاز في شكل الضمان الجديد لمدة سنة[2].

وعلى العكس من ذلك، فإن الاستلام حسب البعض يتحقق في وقت واحد، بمجرد قبول العمل[3] المسلم مع تحفظات أو بدونها، وبالتالـــــي لا يمكن أن يكون الاستلام إلا في وقت واحد، نظرا لأهميته في تعيين نقطة انطلاق مختلف الآجال[4]، لكن وحدة الاستلام لا تمنع حدوث عدة استلامات مختلفة إذا كان البرنامج يتضمن عقارات غير مرتبطة[5].

أما القانون المدني الجزائري، فإنه على ما يبدو من استقراء بعض نصوصه المتعلقة بالاستلام، لا يعتد بنظام الاستلام المزدوج على الأقل فيما يتعلق بالمسؤولية العشرية، فالمادة 554 فقرة 2 مدني، تنص على أن الضمان العشري يبدأ في السريان من يوم استلام المنشأة بصفة نهائية[6].

ومن جهة أخـــــرى، يبدو أن القانون الجزائري لازال يعتنق فكـــرة الاستــــــلام المزدوج، المؤقـــــت

1- Périnet- Marquet(H), op.cit., p.22.- Voir aussi, Huet (J), op.cit., p. 1347.

2- V. Huet (J), Ibid, p. 1347.

3- Ibid., p. 1347.

4- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., pp. 77,78.

5- V. L’arrêt du 10 janv. 1990 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p.78, note(1).

6- وبالمقابل، يمكن القول بأن المشرع في المادة 554 فقرة 2 من القانون المدني، لم يمنع العمل بنظــــــــام الاستلام المزدوج طالما أنه جعل من الاستلام النهائي موعدا لانطلاق أجل الضمان العشري، ولو كان يرفض العمل بنظام الاستلام المزدوج لكان نصه كالأتي: " تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل" دون تحديد لنوعه.

والنهائي، التي كانت معروفة في نطاق عقود الأشغال العامة[1]، حيث يتضح بالرجوع إلى القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور أعلاه، بأن التأكد من حسن تنفيذ الأشغال يتم على مرحلتين، وهذا من خلال الاستلام المؤقت والاستلام النهائي[2].

لذا فمن الأهمية بمكان التعرض للاستلام المؤقت(ال**فرع الأول**) والنهائي(**الفرع الثاني**) على التوالي:

الفرع الأول: الاستلام المؤقت:

يتم الاستلام المؤقت عند انتهاء الأشغال، حيث يكون المقاول عادة ملزم بإخطار الإدارة التي تسعى إلى معاينة الأشغال، لكنها لا تتقبل هذه الأخيرة إلا إذا جربتها[3]. وحسب المادة 46 مقطع 1 من القرار المؤرخ في: 1964/11/21 [4]، يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بواسطة كتاب مضمون عن إتمام الأشغال، وعندئذ يقوم هذا الأخير بالاستلام المؤقت، بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور بصفة رسميـة، وفـــــــي حـــــــالة تغيب المقاول يشار إلى ذلك في المحضر.

وينتج الاستلام المؤقت طبيعيا من عملية حضورية، إذ يجب أن يكون المقاول حاضرا أو أن يتم استدعاؤه للحضور على الأقل[5]، وهذا ما أشارت إليــــه المادة 46 مقطــــــع 1 من القــــــــرار

1- يتم الاستلام في عقود الأشغال العامة غالبا على مرحلتين، الأولى، مرحلة الاستلام الابتدائي أو المؤقت..، والثانية، هي مرحلة الاستلام النهائي، والتي تتم بعد انتهاء مدة الضمان المؤقت..). راجــــــع، أحــــــمد شرف الدين،

عقـــــــــود عمليات البنــــــــــاء وتسوية منازعاتها، دون طبعة، جامعة عين شمس، القاهرة، 2008، ص 118.

2- لايجرى الاستلام في نطاق الصفقة العامة للبناء على مرحلتين، استلام مؤقت ونهائي إلا إذا تضمنت الصفقة مدة ضمان Garantie parachèvement، وفيما عدا ذلك، يتم الاستلام مرة واحدة. راجع: المادة 148 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

3- Aubry(M) et Ducos-Ader(A), op.cit., p. 470.

4- يتضمن المصـــادقة علـــــى دفتـــــــــر الشروط الإدارية العامـــة المطبقـــة علـــــــى صفقات الأشغال الخاصـــــــــة بوزارة تجـــــديد البنـــــــاء والأشغال العمومية والنقل، مذكور آنفا.

5- Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 470.

المؤرخ في: 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المذكور أعلاه، التي تشترط بمفهوم المخالفة، حضور المقاول لعملية الاستلام، أو دعوته للحضور بصفة رسمية على الأقل.

والاستلام المؤقت هو معاينة حضورية لتنفيذ المنشأة، وتتم بعد الانجاز مباشرة[1]، أي بانتهاء المدة المحددة لتنفيذ العقد[2]، ثم يعقبه الاستلام النهائي[3]، الذي يبدأ حيث ينتهي أجل الضمان[4]، فبانقضاء أجل الضمان، يكون للمقاول حق مكتسب في الاستلام النهائي[5].

وعرف جانب من الفقه المصري الاستلام المؤقت بأنه تعبير من جانب رب العمل عن إرادته في تقبل العمل بصفة مؤقتة حتـــــــــــــى رفع أو إزالة كل التحفظات المسجلة فـــــــــــي المحضر، وذلك خلال المدة المتفق عليها، أو في مدة معقولة طبقا لما هو جاري في المعاملات[6]، ويمكـــــن تصوره في الصفقات العامة أين يجـــرى عادة مع التسليم الجزئي للمنشأة ولا يوجد من سبب يحول دون العمل به في الصفقات الخاصة[7].

1- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 22.

2- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 118.

3- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 22. راجع أيضا:

De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 419

4- يحدد أجل الضمان بستة أشهر ابتداء من تاريخ الاستلام المؤقت لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق، وبسنة واحدة للأشغال الأخرى. راجع المادة 47 نقطة 2 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة آنف ذكره. و يظل المقاول خلال هذا الأجل، مسؤولا عن أشغاله، ويتعين عليه صيانتها خلال مدة ذلك الأجل.

راجع في نفس المعنى أيضا: أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 117، حيث يقول: " يتم الاستلام النهائي بانتهاء مدة الضمان الابتدائي، والتي يظل خلالها المتعاقد مع الإدارة ملزما بإصلاح أي خلل أو عيب يظهر خلال تلك المدة، كما يلتزم بإجراء الصيانة الدورية ..".

5- De Laubadère(A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 420.

يتم الاستلام النهائي في إطار الصفقة العمومية للبناء بعد انقضاء مدة الضمان، وهذا ما نصت عليه المادة 148 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

6- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 241.

7- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er Avril 1991, op.cit., p. 543.

ويكون للإدارة حق حيازة بعض أقسام (أجزاء) الأشغال قبل إكمال تمام الأشغال، ولكن يجب أن يسبق تلك الحيازة استلام مؤقت مسبق، حيث يقوم المقاول على اثر ذلك، بإرسال البيان الإجمالي والتفصيلي بالأشغال المنفذة منذ بدء تنفيذ الصفقة إلى المهندس أو المهندس المعمـــــــــــــاري(1)، وإذا استعملت الإدارة حــــــــــــــــق الحيازة لبعض أقسام الأشغال قبـــــــــــــل إكمالها نهائيا فيجب أن يسبق تلك الحيازة استلام مؤقت جزئي، يتم على إثره إعداد حساب تفصيلي جزئي ونهائي(2).

يتضح من القرار المؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة المذكور آنفا، أنه يميز بين الاستلام المؤقت الجزئي والاستلام المؤقت المسبق فالنوع الأول، تحصل فيه الحيازة قبل إتمام الأشغال بصفة نهائية، بينما الثاني، فتحصل فيه الحيازة قبل إكمال تمام الأشغال، ولعـــــــل أن لكــــــــل من هذين التعبيريـــــــن مدلـــــــول مختلف عـــــــن الأخر.

وحسب المادة 46 مقطع 2 من نفس القرار، يتم الاستلام المؤقت الجزئي عندما تستعمل الإدارة حق الحيازة المسبقة على بعض الأشغال، حيث يلاحظ على هذا النص، أنه لم يحدد

ما إذا كانت هذه الأشغال منتهية أم لا، وهذا على خلاف ما نصت عليه المادة 41/ أ-2 من نفس القرار، التي جعلت الاستلام المؤقت الجزئي يخص أقسام الأشغال التي قامت الإدارة بحيازتها قبل اكتمالها نهائيا.

وحسب المادة 148 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يمكن اللجوء إلى استلام مؤقت جزئي عندما يتم النص في الصفقة على أجل جزئي منفصل عن الأجل الكلي، ويبدأ أجـــــــل الضمان فـــي السريان

1- راجع، المادة 41 مقطع ب- 2 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة المطبقـــة علـــــــى صفقات الأشغال الخاصـــــــــة بوزارة تجـــــــديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، المذكور سابقا.

2- المادة 41 أ- 2 من نفس القرار.

حسب نفس النص من تاريخ أول استلام مؤقت جزئي.

ومن تاريخ الاستلام المؤقت يوجه المقاول في جميع الأحوال إلى المهندس أو المهندس المعماري في أجل أقصاه ستة أسابيع بيانا إجماليا كاملا ومفصلا بجميع الأشغال المنفذة[1].

ويترتب على الاستلام المؤقت نتيجة هامة، وهي بدء سريان أجل الضمان [2] التي يجب استكمال الاستلام النهائي بانقضائها[3]. وأجل الضمان هو فترة اختبار تسمح للإدارة بالتحقق من جودة الأشغال قبل إجراء الاستلام النهائي[4]، وهذا ما كرسه المشرع بالمادة 47 مقطع 3 من القرار المؤرخ في:1964/11/21 المتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة المذكور آنفا، حيث يظل المقاول مسؤولا عن أشغاله ويتعين عليه ضمانها خلال مدة ذلك الأجل.

ويتوقف التاريخ الذي يبدأ منه الاستلام المؤقت على نتيجة المعاينة، فإذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب، اعتبر تاريخ إخطار المقاول للإدارة باستعداده للتسليم المؤقت موعدا لانتهاء العمل وبدء الضمان[5]، وإذا تبين العكس أي عدم تنفيذ العمل على الوجه الأكمل، يؤشر بذلك في المحضر، ويؤجل التسليم إلى أن يتم تحقيق مطابقة الأعمال لشروط الصفقة، ومن ذلك التاريخ أي تاريخ المعاينة الأخيرة تبدأ مدة الضمان[6].

ونعتقد أنه من الأفضل أن تبدأ مدة الضمان بالنسبة للأعمال السليمة أي غير المعيبة من تاريخ المعاينة الأولى، أما الأعمال المعيبة (غير المطابقة)، فلا يبدأ أجل الضمان بالنسبة لها إلا من تاريخ التأكد من إصلاح النقائص أو العيوب الملاحظة عند المعاينة الأولى.

1- راجع المادة 41 مقطع ب- 3 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة المطبقــة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجـديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المذكور سابقا.

2- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 23.

Voir aussi, Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p.470.

3- Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 470.

4- محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 23.

5- نفس المرجع والصفحة.

6- نفس المرجع والصفحة.

وهكذا، يبدو أن الوضع مختلف في القانون الجزائري الذي يتوقف نوع الاستلام فيه على وجود التحفظات من عدمه، فإذا تم استلام المنشأة دون تحفظات، اعتبر الاستلام نهائيا، أما إذا حدث العكس، فإن الاستلام يكون مؤقتا. ولا يمكن أن يحصل الاستلام النهائي إلا بعد رفــع التحفظـــات والنقائص الملاحظة عند الاستلام الابتدائي[1]، مع مراعاة أحكام المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2].

إن الغرض من إجـراء الاستلام المؤقت هو التأكـ ـ ـد من مطابقة المنشـ ـأة (البناء) للبنـود التـ ـعاقدية ولقواعد الفن، وهو ما يسمح بإبداء التحفظات الملاحظة وإدراجها في محضر يعد لهذا الغرض، وتنصب هذه التحفظات خاصة على عيوب في العمل وعدم الإتقان، وكل نقص آخر ملاحظ، وكذلك عدم تنفيذ الآداءات المنصوص عليها في الصفقة[3].

وليس للاستلام المؤقت أي أثر على ملكية المنشأة، أي أنه لا يترتب عليه انتقال ملكية المنشأة[4]، وكل ما في الأمر أنه يؤدي إلى انتقال حيازة المنشأة من المقاول إلى الإدارة التي تتحمل من هذه اللحظة مسؤولية جميع الأخطار المتعلقة بها، ما لم يوجد اتفاق مخالف بالصفقة[5].

الفرع الثاني: الاستلام النهائي:

لقد أشار المشرع إلـ ـ ـى الاستـ ـ ـ ـلام النهائـ ـ ـ ـ ـي في المادة 554 فقرة 2 من القانون المدنـ ـي، كأداة

1- راجع المادة 10 نطة 10 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

2- إذا قررت الإدارة المتعاقدة الموافقة على الأشغال المنجزة مع تحفظات، تعين على المقاول المتعهد رفع هذه التحفظات خلال أجل يحدده هو، وللإدارة أن تتأكد من رفع التحفظات أو بقائها بموجب مقرر تبلغه له. راجع المادة 148 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

3- راجع المادة 10 نطة 8 من نفس القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المذكور آنفا.

4- De Laubadère(A) et Gaudemet(Y), op.cit., p.419.

5- Ibid., p. 419.

لتحديد نقطة انطلاق أجل الضمان العشري[1]، كما أشار إليه كذلك في المادة 178 فقرة أولى من أمر: 95-07 يتعلق بالتأمينات، آنف ذكره، حيث فرض هذا النص، على المهندسين المعماريين والمقاولين، وكذا المراقبين التقنيين، اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها بالمادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام

النهائي للمشروع، أما المادة 177 من نفس الأمر، فقد أشارت إلى الاستـــــــــلام النهائي للأشغال ولكن بخصوص التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية المهنية بسبب تنفيذ أشغال البناء.

وتناولت المادة 558 من القانون المدني المعدلة بقانون رقم: 05-10 المذكور آنفا، الاستلام دون تحديد نوعه، باعتباره أحد التزامات رب العمل.

إن الفقه في مصر متفق على أن الاستلام النهائي ينتج عن إقرار رب العمل للمنشأ وتقبله للأعمال المنجزة بصفة نهائية، وذلك بعد تأكده من أن المقاول قد أوفـــــــى بكل التـــــــزاماته دون إبداء أي تحفظات[2]. ويؤكد القضاء الفرنسي بأن مدة الضمان لا تسري في حالة الاستلام مع تحفظات إلا من اليوم الذي يقوم فيه المقاول بمحو أو إزالة النقائص التي كانت موضوع تلك التحفظات[3].

ويعرف الاستلام النهائي بأنه تصرف بمقتضاه تقر الإدارة بعد انقضاء أجل الضمان بصفة نهائية المنشأة، بعد معاينة أن المقاول قد أوفى بالالتزامات الواقعة عليه خلال فترة الضمان وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 47 مقطع 1 من القرار المؤرخ في: 1964/11/21 فيما يخــــــص الاستــــــــــلام النهائـــــي الذي لا يمكـــــن إجـــــراؤه إلا بعـــــد انقضـــــاء أجـــــل الضمـــــان

1- لقد تصدى المشرع في المادة 554 فقرة 2 من القانون المدني، لمشكلة تحديد وقت انطلاق أجل الضمان العشري الذي يبدأ في السريان من وقت تسلم العمل(المنشأة) نهائيا، مما يفيد ضمنيا أنه لا يرفض العمل بنظام الاستلام المزدوج.

2- راجع على سبيل المثال: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 68، 69.

3- Civ3., 10 déc. 1974, 2 arrêts, D. 1975, IR, p. 52 ; Civ. 22 avr. 1976, D. 1977, p. 95 et note J. Mazeaud cités par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p.148, note(1).

أشار إلى هذا الموقف القضائي كذلك، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 137، هامش رقم:(33).

وكذلك المادة 148 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويؤكد الفقه الإداري الفرنسي كذلك إجراء الاستلام النهائي بعد انقضاء أجل الضمان[1].

ومن الطبيعي أن هذه العملية تتم بطريقة صريحة بواسطة محضر يوضع بنفس الأوضاع التي تتعلق بالاستلام المؤقت، وهذا ما جاء بالمادة 47 مقطع 1 من القرار المؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة التي نصت على أنه: " يتبع نفس الإجراء فيما يخص الاستلام النهائي..".

ومع ذلك، فإن هذا المبدأ يعرف استثناءين: وذلك عندما ترفض الإدارة الاستلام، حيث أولا، يمكن أن ينتج الاستلام عن حكم القاضي، وبالأحرى يمكن للمقاول الذي له حق مكتسب في الحصول على الاستلام النهائي بعد الاعذار، أن يطلب من القاضي الأمر به إذا رأى مجال للاستلام النهائي[2]،

ثانيا: من جهة أخـرى، يمكن أن يكون الاستلام النهائي ضمنيا عندما تأخذ الإدارة حيازة المنشآت وتترك أجل الضمان يسري، لكن يجب في هذه الحالة، أن تكون المنشآت على حالة تسمح باستلامها، بمعنى إذا لم تكن هناك عيوب ملاحظة، أو أن العيوب الملاحظة قد تم إصلاحها من طرف المقاول[3].

ويولّد الاستلام النهائي عدة نتائج، نذكر منها ما يلي:

* يخضـــــــع الاستلام النهائي في القانون العام الجزائري على غرار القانون الإداري الفرنسي[4] حدا

1- Voir en ce sens, Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 471.

2- C.E., 11 mars 1936, ministre des P.T.T., R., 318 cité par : Aubry(M) et Ducos-Ader(R), Ibid., p.471 note(2).
3- C.E., 23 mars 1949, Association syndicale des submersionnistes, R., 142. Droit administratif cité par : Aubry(M) et Ducos-Ader(R), Ibid., p.471, note(3).
4- De Laubadère(A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 420.

لالتزامات المقاول، أي أن له أثر منهي، إذ بانقضاء فترة الضمان Parachèvement تبرأ ذمة المقاول من أية مسؤولية عما قد يلحق المنشأة من عيوب، باستثناء تلك التي تثير مسؤوليته العشرية[1].

* للمقاول الحق فـــــــي تقاضــــي قيمة المبالغ المستحقة على الإدارة[2]، وكــــــــذلك استرجــــــــــــــاع الكفالــــــــــة ومقتطــــــــــع الضمــــان[3]، وقد نصت على هذا الأثر، المــادة 148 فقرة أخيــرة من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[4].

ويلاحظ أن المشرع ربط كقاعدة عامة بين استحقاق المقاول للأجر والاستلام في المادة 559 من القانون المدني[5]، مما يؤكد فكرة ارتباط حسن تنفيذ الأشغال بتسديد الأجر للمقاول الذي لا يستحق الأجر المتفق عليه كاملا ما لم يقم بالتنفيذ الكامل والمطابق والوفي للخدمات المتعاقد عليها[6]، فاستحقاق المقاول للأجر المحدد كاملا متوقف على تنفيذه الكامل والمطابق لالتزاماته التعاقدية، ويتم التحقق من ذلك عادة عند الاستلام [7].

والاستلام النهائي لا يمكن إجراؤه حسب المادة 10 نطة 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور آنفا، إلا بعــد رفـــع التحــفظات الملاحظة عنـــــــــد الاستــــــــــلام

1- راجع المادة 47 نطة 3، 4 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة، آنف ذكره.

2- Aubry(M) et Ducos-Ader(R), op.cit., p. 472- Voir aussi, De Laubadère(A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 420.

3- راجع المادة 10 نطة 10 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا. راجع أيضا:
De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 420.

4- "غير أنه لا ترد كفالة أو اقتطاع الضمان إلا بعد انتهاء أجل ضمان جميع الخدمات".

5- تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بخلاف ذلك.

6- راجع المادة 108 فقرة 2، والمادة 109 نطة 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور أنفا.

7- راجع المادة 559 ق.م، والمادة 108 فقرة 2 و3 من نفس المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المؤقت، وذلك بناء علـــى اقتـــــراح من صاحب العمل، حيث يتم تحرير محضر بذلك يحمل توقيع كل من المقاول وصاحب العمل ورب العمل.

وإذا تم الاستلام دون إبداء أي تحفظات، فإن الاستلام يكون نهائيا[1]، وفي هذه الحالة يتم عادة رفع اليد على الكفالة المؤسسة من طرف المقاول، كما ترد أيضا اقتطاعات الضمان لصالح هذا الأخير[2].

غير أن المادة 47 مقطع 1 من القرار المؤرخ في: 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المذكور آنفا، تنص على أن الاستلام النهائي لا يمكن إجراؤه إلا بعد انقضاء أجل الضمان، وقد نصت على نفس الحكم المادة 148 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويحدد هذا الأجل بستة أشهر ابتداء من تاريخ التسليـــــــــم المؤقت بالنسبة لأشغال الصيانـــة وحفـــــــر الأسس والطرق الحجرية، وبسنة واحدة بالنسبة للأشغال الأخرى[3]، وهذا إذا لم يتـــــــــم النص صراحة على أجل معين للضمان في دفتر الشروط الخصوصية[4].

وفـــــــي ظل نظام الاستلام المزدوج، إذا لم يتــم إقرار الاستلام النهائـــــــــي من طرف رب العمل وإذا لم يتم رفع التحفظات، فإن الورشة تكون، كما يقال" لزالت جارية قانونا" حتــى ولو كانت المنشـــــــــأة قد استعملت منـــــذ عدة سنـــــــوات، كما ينتهـــــــي الضـــــمان العشري أحيانا قبـــــــــــل انطـــــــــلاق

1- هذا التصور عن الاستلام النهائي يعتبر تصور غير صحيح، لأن التحفظات التي يمكن أن تصاحب عملية الاستلام ليس من شأنها أن تجعله مؤقتا، وعلى ذلك، فالاستلام النهائي يأتي عقب انقضاء أجل الضمان الذي يبدأ سريانه من وقت الاستلام المؤقت المصحوب بتحفظات أو بدونها، ولكن يجب على المقاول تصحيح الأعمال المعيبة لإمكان حصول الاستلام النهائي.

2- راجع المادة 10 نطة 10 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ أشغال البناء في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

3- راجع المادة 47 مقطع 2 من نفس القرار المؤرخ في: 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجــديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المذكور سابقا.

4- راجع، نفس المادة والمقطع.

آجال سريانه حتى[1]. وبعبارة أخرى، يجب اعتبار المنشأة غير تامة من الناحية القانونية إذا لم يتم استلامها بصفة نهائية[2]، وبالتالي يبقى الضمان العشري للمشيدين إلى الأبد، وهذا ما لا يمكن قبوله[3].

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي نفس المبادئ، واعتبر أن الضمان العشري لا يبدأ في السريان ولو بعد 11 سنة من الاستلام إذا لم يكن الاستلام قد تم إعلانه[4]، والمحكمة العليا الإدارية وضحت تقليديا أن المسؤولية العشرية لا يمكن بحثها إلا بعد الاستلام النهائي[5].

ويثير مجلس الدولة الفرنسي تلقائيا وسيلة الدفع بغياب الاستلام النهائي[6].

1- Albert Caston, « Une curiosité juridique : le chantier juridiquement en cours », Publié sur site suivant:http://avocats.fr/space/albert.caston/content/une-curiosite-juridique-le-chantier-juridiquement-en-cours-3A3961F4-B095-46AA-B6B6-2299955732A9/web-print .Consulté le: 20/02/2014.

2- CA de rennes, 9 janv. 1963, D.1964, 744, noteGéo Minvielle cité par : Liet-Veaux(G), op.cit., p. 263.

3- Liet-Veaux(G), Ibid., p. 263.

4- CE 16 octobre 1968, Association syndicale de Reconstruction de Boulogne Centre, Req. no 62 730 cité par : Caston (A), Même Article précité.

5- Caston(A), Même Article.

راجع في نفس المعنى، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 29.

6- C.E 23 octobre 1985, Sté Sibam, arrêt no ?42038 ; voir aussi Souchon 20 janvier 1982, Lebon T., p. 720 cité par : Caston (A), Même Article.

المطلب الثـــالث:

صور الاستـــلام وكيـــــفية إجـــــرائه

يتخذ الاستلام في الغالب شكل الاستلام الصريح، وعادة ما يتجسد في محضر مكتوب يحمل توقيع الأطراف المعنية بهذه العملية، ولكن قد يتم الاستلام أحيانا تحـــــــت إشراف القضاء ويسمى الاستلام القضائي، أو بطريقة ضمنية، وهذه هي مجمل الصور التي يمكن أن يكون عليها الاستلام(**الفرع الأول**).

ولكي يترتب على الاستلام أثره القانوني، يجب أن يتم صحيحا. وعلى ذلك، يجب احترام أوضاعا معينة في إجرائه لاسيما الطابع الحضوري(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: صور الاستلام:

يمكن أن يحصل الاستلام بطريقة صريحة، قضائية أو ضمنية[1]، غير أن المشرع لم ينص إلا على الاستلام الصريح، وذلك في المادة 10 نطة 8 و 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور آنفا، كما نص عليه أيضا بالمادة 46 مقطع 1 من القرار المؤرخ في: 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامة، أما المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العموميـــــة وتفويضات المرفق العام، فقد نص علـــــــى نوعـــــــــي الاستلام أي المـــــــؤقت[2] والنهائي[3] دون التعرض لصوره.

وإذا كان الاستلام الصريح لا يطرح أي مشكلة طالما أنه مجسد في محضر مكتوب، فإن الاستلام القضائي والضمني قد يطرح بعض الإشكالات، مما يتعين التعرض لها على التوالي:

1- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 23.

2- راجع على سبيل المثال، المواد 131، 131 فقرة 2، 133 فقرة 3، 133 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

3- راجع على سبيل المثال، المادة 134 من نفس المرسوم الرئاسي.

أولا: الاستلام الصريح:

يكون الاستلام صريحا إذا تـــم بصفة ودية بنــــــــــاء على طلب الطرف المستعجــــــــل(رب العمل)، وهو الوضـــــــع الغالب، وينتهـــــي الأمر عادة

بإعـ ـ ـداد محضـ ـ ـ ـ ـر، يمكـ ـن أن يكـ ـ ـ ـون مصحـ ـ ـوبا بتحـ ـ ـ ـفظات أو بدونها[1]، الغاية منه تجنب المنازعات حول تاريخ تسلّم الأعمال وهو واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة الطرق[2].

فبمجرد إتمام الأشغال يقوم المقاول وجوبا بإخطار مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بذلك بواسطة كتاب مضمون، وعلى اثر ذلك، يقوم هذا الأخير بالاستلام المؤقت بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور بصفة رسمية، وفي حالة تغيب المقاول، يشار إلـ ـ ـى ذلك فـ ـ ـ ـ ـ ـي المحضـ ـ ـ ـ ـ ـر[3]، ويتبع نفس الإجراء في حالة الاستلام النهائي بعد انقضاء أجل الضمان[4].

وبالطبع لا يخضع الاستلام لأشكال معينة، ولكن يجب أن يجسد الإرادة المادية للأطراف لذا، فإن الإقرار الكاذب للمقاول ورب العمل بحصول الاستلام بهدف إعمال التأمين الإلزامي يشكل غشا[5].

ثانيا: الاستلام القضائي:

إن الاستلام القضائي لايخص فقط الحالات التي يقدر المقاول فيها بأن رب العمل ملزم بقبول الأشغال، وقد فصل القضاء في هذه المسألة قبل أن ينص عليها القانون[6]. والاستلام القضائـي كما يدل عليه اسمه، يتـ ـ ـ ـ ـم التصريح به من طرف القاضـ ـ ـ ـي فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي غياب اتفاق صريـ ـ ـ ـ ـ ـ ـح

1- Périnet-Marquet(H), op.cit., p.23.

2- أنظر، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 26.

3- راجع المادة 46 نقطة 1 من قرار مؤرخ في: 1964/11/21، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، آنف ذكره.

4- راجع المادة 47 نقطة 1 من نفس القرار.

5- Périnet-Marquet(H), op.cit., p.23.

6- Caston(A), « Une curiosité juridique : le chantier juridiquement en cours », Article précité. Voir dans le même sens, Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 24.

أو ضمني للأطراف [1]، فهو إذن استلام جبري[2].

والجدير بالذكر أن القانون الجزائري لم ينص على الاستلام القضائي بخلاف القانون الفرنسي الذي نص عليه بالمادة 1792-6 من القانون المدني[3].

ومن الناحية العملية هذه الخطوة يقوم بها في الغالب المقاول الذي يواجه رفض رب العمل تسديد الثّمن، وبالتالي يمكن إذن للقاضي أن يأخذ مكان رب العمل إذا كان رفض هذا الأخير تعسفيا، لكن مثل هذا الرفض لا يؤخذ في الاعتبار في الفرض الذي يكون فيه البناء غير مكتمل، إذ لا يكون في حالة تسمح بتسلمه[4]، أو في الحالة التي تعتبر فيها المنشأة مكتملة الإنجاز، لكن لحقتها العديد من النقائص، أو أن البناء لا يستجيب لتوقعات رب العمل على الإطلاق[5]، فالرفض هنا يكون مبررا، وبالتالي لا يمكن التصريح بالاستلام القضائي.

وعلى العكس من ذلك، فإن وجود التحفظات التي يمكن لرب العمل إبداؤها لا يسمح له برفض مبـدأ الاستلام[6]، وبالتـــالي يمكن للقاضي إعلان الاستـــــلام القضائـــــي الذي بمقتضاه يجــوز أن يكون متفقا تماما مع التحفظات أي في حدودها[7].

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإن رب العمل ملزم قانونا حسب المادة 558 من القانون المدني، باستلام العمل المنجز بعد دعوة المقاول له لذلك، فهو التزام مترتب عليه، لذلك إذا رفض رب العمل تسلّم العمل بعد إنذار المقاول له دون مبرر قانوني، أعتبر الاستلام قد تم (استلام حكمي)، وبذلك يكون المشرع قد تصدى لمشكلة الرفض التّعسفي للاستلام.

--

1- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 23.

2- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er Avril 1991, op.cit., p. 546.

3- " تقضي به المحكمة طبقا للمادة المذكورة بناء على طلب الطرف الأكثر استعجالا ".

4- Cass.civ3, 30 Juin 1993, Bull. civ. III, n 103 cité par : Périnet-Marquet(H), op.cit., pp. 22, 23.

5- Périnet-Marquet(H), Ibid., p. 22.

6- Ibid., p. 23.

7- Ibid., pp. 23, 24.

ولكن متى يكون الامتناع عن الاستلام تعسفيا، ومن يملك تقدير ذلك؟

تفاديا للنزاعات التي قد تثور حول هذه المسألة، وحفاظا على استقرار المعاملات وحقوق الأطراف، يجب أن يتم تقدير مشروعية رفض الاستلام من طرف القضاء، وهذا حتى لا يتعسف رب العمل في ممارسة حقه في قبول الأشغال.

وتاريخ الاستلام ليس هو تاريخ الفصل في النزاع، وإنما هو تاريخ اعتبار المنشآت قابلة للاستلام En état d'être reçus، مع أن هذا الرأي يرسخ الإحساس بأن الاستلام ليس تصرفا يجب التصريح به، وإنما واقعة يكفي إثباتها[1].

ونلفت الانتباه مرة أخرى، أن إبداء التحفظات لايمنع حصول الاستلام المؤقت، غير أن الاستلام النهائي لا يمكن إجراؤه في القانون الإداري الجزائري إلا بعد إزالة التحفظات وإصلاح العيوب الملاحظة[2].

ثالثا: الاستلام الضمني:

خلافا للاستلام الصريح، يكون هناك استلام ضمني إذا كان رب العمل قد أخذ حيازة الأماكن دون الاستلام الشكلي (الرسمي) لها[3]. لكن حيازة الأماكن وحدها لا تكفي لاعتبار الاستلام ضمنيا، وإنما يجب لذلك أن تكون إرادة رب العمل في استلام المنشأة واضحـ ـ ـ ـة أي غير مبهمة، وفي هذا الصدد استلزم القضاء في فرنسا أن تكون حيازة الأماكن من طرف رب العمل مقتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـرنة بعناصـ ـ ـ ـر تدل علـ ـ ـى إرادته

الصريحـــــــة فــــــــي الاستـــــــلام، مثـــــــــل تسديد الثـــــمن بدون

1- Mémonto pratique, Immobilier, A jour au 1er Avril 1991, op.cit., p. 546.

2- راجع المادة 10 نطة 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، والمادة 3 نطة 12 من قانون 11-04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكورين آنفا.

3- Dominique Lefebvre, « Travaux sur l'immeuble: La réception, une étape clé », Revue de l'Habitat, Mars 2009, p.19. Publié sur site suivant : http://www.chdp.asso.fr/Donnees_Client/Doc/Article/310.pdf

احتجاج[1].

والاستلام الضمني لم ينص عليه المشرع الجزائري على الرغم من أهميته التي تبرز في حالة عدم وجود الاستلام الذي يؤدي إلى رفض إعمال التأمين الإلزامي[2]، وهذا يعد قاس بالنسبة للمقاول ورب العمل أيضا[3].

ولا يختلف الوضع في القانون الفرنسي الذي لم ينص هو الآخر على الاستلام الضمني في المادة 6/1792 من القانون المدني، التي اكتفت بالنص على الاستلام الصريح والاستلام القضائي، غير أنه كان مقبولا من طرف العديد من قضاة الموضوع قبل أن يتم تكريسه من طرف محكمة النقض الفرنسية في العديد من المناسبات، منها قرار 1987/07/16[4] الذي قررت فيه، بأن حيازة الأماكن وقبولها بدون تحفظــات، ودون منازعة فــي الثمن يعد استلاما وفقا للمقتضيات القانونية.

إذن، يجب أن تنطوي الحيازة La prise de possession على الإرادة الصريحة لرب العمل في تقبل الأشغال، وهذه الإرادة يمكن التدليل عليها بالعنصر الإيجابي، كتسديد سعر الأشغال[5] مثــــلا، وبالتالي لا ينتج هذا الشرط بالضرورة عن الحيازة الفعلية فقط.

إن التسديد الكلي أو الجزئي لمبلغ الأشغال لا يقبل أي تكييـــــــــــف عدا الاستـــــــــــلام الضمنـــــــــــي

وعلى العكس من ذلك، فإن رفض صرف مبلغ الأشغال يحول دون اكتساء ذلك لهذا الوصف[6]، ولكـــــــن إذا كان هذا الرفض مبـــــــررا بسبب الصعـــــــوبات الماليـــــــــة لرب العمـــــــــل، فـــــــإن

1- Dominique Lefebvre, op.cit., p. 19.

2- لا يمكن بدء سريان عقد التأمين من المسؤولية العشرية المنصوص عليها بالمادة 554 من القانون المدني إلا من وقت حصول الاستلام النهائي للمنشأة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 178 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

3- Périnet- Marquet(H), op.cit., p. 24.

4- Cass. civ3, 16 jull.1987, Bull.civ.III, n143. ; D., 1987.577 ; AJPI, 1988.160 ; RDI, 1987.457

5- Cass.civ3., 8 octobre 1974, Bull. n337. V. aussi, Cass.civ3., 16 mars 1994, Bull.III, n50.

6- Dominique Lefebvre, op.cit., p. 19.

الاستلام يمكن التصريح به أو إعلانه[1]، ورفض تسديد مبلغ الأشغال لا يمكن إبداؤه إلا لاحقا عند تسديد الفاتورة.

وهكذا، فإن الحيازة الفعلية وحدها لا تكفي لافتراض الإرادة الواضحة لرب العمل في استلام الأشغال، و من ثم، إذا كانت الحيازة يبررها الاستعمال المستعجل (الملح) مثلا، فإنها لا تفترض الإرادة الواضحة لرب العمل في الاستلام[2].

هذا، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارين حديثين، بأنه لا يمكن القول بحصول الاستلام طالما أن المنشأة غير قابلة للسكن حتى ولو كانت منتهية جزئيا، وعلى ذلك، فإن نيـة الاستلام لا يمكن أن تنتج عن شغل الأماكن قبل الانتهاء الكلي للأشغال[3]، أو عن الاستعمال الجزئي في نفس الظروف[4].

وعليه، يتضح بأن الحيازة الفعلية كانت مريبة، فتوصيل المياه للعقار من الشبكة الرئيسية لا يشكل استلاما[5].

كما لا تفترض هذه الإرادة أيضا في حالة رفض الاستلام بسبب الخلال المعاينة بعد دخول الأماكـــــــــــن، أو إبداء سلسلة من التحـــــــــــفظات الجـــــــــادة أو ادعـــاء النقائص[6]، وبالمقـــــــابل، فإن غيــــاب العناصر السلبية، كالتحفظات أو النقائص لا يكون كذلك كافيا لإعطاء معنــى الاستـــــلام

1- Dominique Lefebvre, op.cit., p. 19.

2- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 24.

وهذا هو موقف القضاء الفرنسي من الحيازة الملحة والعاجلة للسكن. راجع، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 136.

3- Cass.civ3., 17 Juill. 1971; A.J.P.I, 1971, p. 167 ; Cass. Civ, 15 juin et 27 juin 1977, Rev.Dr.Immob. 1979, p.477 ; Cass. Civ., 19 décembre 1984, Rev. Dr. Immob. 1985, p. 257.

4- Cass.req. 4 janvier 1888, D.1889-I-211. Voir aussi : Cass. Req. 24 Juin 1929, G.P. 1929.2.509 cité par: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 136، هامش رقم:(30)

5- Cass.civ3, 13 mai 1971cité par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 153، هامش رقم:(36)

6- Cass.civ3, 10 juillet 1991, Bull III, n204 cité par : Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 24

على شغل الأماكن[1]، لذا فإن الاجتهاد القضائي يستلزم إذن في الغالب وجود العنصر الإيجابي إلى جانب الحيازة الفعلية لنشوء الاستلام[2].

إذن، إن إرادة رب العمل في الاستلام قد صودرت، فالحيازة الفعلية بالنسبة للاجتهاد القضائي تتماشـــــــى مـــــــع تسديد الثمـــــن، وغياب التحفظات الهامة حـــــــــول النـــــقائص المعاينـــــــة[3]، والعكس من ذلك،

يمكن حصول الاستلام مع تحفظات، فمعاينة رب العمل للعيوب عن طريق رسالة موجهة للمشيد مثلا لا يمكن أن يشكل عائقا للاستلام الضمني، ما دام أنها لا تحدث لبسا حول إرادة الاستلام[4].

الفرع الثاني: شكليات الاستلام:

سبق القول أن الاستلام يمكن أن يتخذ عدة صور، وبغض النظر عن الصورة التي يكون عليها الاستلام، يجب أن يتـم هذا الأخيـــــــر فـــــــي حضور المقاول المنفــــذ للأشغال، ولكـــــــن هل يلزم لإمكان حصوله أن تكون الأشغال قد اكتملت بصفة نهائية؟

وعليه، يجب تحديد وقت حصول الاستلام**(أولا)**، باعتبار ذلك مسألة أولية يجب الفصل فيها قبل التعرض لما يجب مراعاته في الاستلام من أوضاع**(ثانيا)**، لاسيما الطابع الحضور له**(ثالثا)**؟

أولا: وقت الاستلام:

نحاول في هذا الصدد الإجابة على السؤال الآتي: هل يشترط لحصول الاستلام أن تكون الأشغال منتهية؟

1- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 24.

2- Ibid., p. 24.

3- Ibid., pp. 24, 25.

4- Ibid., p. 25.

لا يحصل الاستلام مبدئيا إلا بعد انتهاء الأشغال[1]، أي أنه لا يمكن أن يمتد الاستلام إلا للأشغال المنتهية أو التي يفترض فيها ذلك على الأقل[2]، ولكن الاجتهاد القضائي اعتبر هذا

ليس شرطا فرضه القانون، وبالتالي يمكن حصول الاستلام بالنسبة للأشغال غير المنتهية خاصة عندما يترك المقاول الورشة قبل انتهاء الأشغال[3]، شريطة إقامة الدليل على الإرادة الصريحة لرب العمل في استلام المنشأة[4]، وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية رغم ذلك منذ 1989 استلام الأشغال غير المنتهية[5]، بغرض توفير حماية أفضل لرب العمل أو مؤمن الأضرار التي يغطيها[6].

والاستلام الضمني للمنشآت غير المنتهية لا يمكن التصريح به إلا في وجـــــود إرادة ظاهرة (معلنة) على الخصوص لرب العمل في الاستلام تحقيقا للهدف المذكور، لذلك يستبعد الاستلام الضمني كذلك إذا كان رب العمل قد أرغم على أخـــــــــذ حيـــــــــازة الأماكـــــــن بسبب إفلاس المقاولة. كذلك إن رفض استلام الأشغال غير المنتهية لا يعتبر تعسفا، إذ لا يوجد أي استلام في هذا الفرض يمكن التصريح به من طرف القاضي بناء على طلب المقاول[7].

ويطرح وقت الاستلام صعوبة أخرى في الفرض أين يتم فيه الإنجاز على دفعات Réalisation Par tranche، حيـــث تشكل عدة عقارات مختلفة منشأة، يمكـــن أن تكـــــون محـــــلا

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 78.

2- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 22.

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 78.

4- Ibid., p. 78.

5- Voir sur la réception de travaux inachevés, Cass. civ3, 12 Juill.1989, Bull III, n161cité par : Jean.- Pierre Karila, « les responsabilités des constructeurs (Evolution de la jurisprudence) », AJPI, 10 septembre 1993, 1191-1992, p.588, col.2-2.

6- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 22

7- Cass.Civ3, 30 Juin1989, Bull. n103cité par : Périnet-Marquet(H), Ibid., p. 22.

لإستلامات متتابعة [1].

ومع ذلك، لا يمكن أن تسري آجال الضمان على الأقل في مواجهة المهندس المعماري والمقاول العام إلا من اليوم الذي تكون فيه المنشأة في مجموعها قد استلمت[2].

ثانيا: أوضاع الاستلام:

الاستلام هو اعتراف ودي حضوري(وجاهي) بأن الأعمال قد تـــــــم تنفيذها بصورة حسنـــــــــــة[3]، حيث يتم إعداد محضر بذلك يوقع من طرف رب العمل من جهة، والمقاول من جهة ثانية، وبحضور المهندس المعماري[4] الذي يكون ملزم قانونا بمساعدة عميله والتأشير على محاضر الاستلام، غير أنه لا يعتبر طرفا في وثائق الاستلام طالما أنه ليس طرفا فـــــــــــي عقود البنـــــــاء (الصفقات)، وأن التأشيـــــــــــرة التـــــــــــي يضعها هـــــــــــي للإعلام أو الإخبار، أي أنها تسمح بإثبات تدخل المهندس المعماري فحسب في إطار دوره بالنصح[5].

ولا يفرض القانون الجزائري في إعداد محضر الاستلام إتباع شكل معين، وإنما يستوجب لكي ينتـــــــج أثره حضـــــــــــور المقاول أو استدعائه للحضور بصفة رسميـــــــــــــــة على الأقل[6]، وفي حالة تغيب المقاول يجب التأشير على ذلك بالمحضر[7].

ولكـــــــن إذا تـــــــم الاستلام دون حضور رب العمل، فإنه لا يكـــــون نافذا في مواجهته[8]، وهـــــــذا

1- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 22 ; Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 78.

2- Cass. civ3, 10 Janv. 1990, Bull.civ. III, n 6 cité par : Périnet-Marquet(H), Ibid., p. 22 ; cet arrêt cité aussi par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 78, note (1).

3- Liet-veaux (G), op.cit., p. 259.

4- Ibid., p. 259.

5- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 203. En ce sens, Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 78.

6- راجع المادة 46 نطة 1 بالنسبة للاستلام المؤقت، والمادة 47 نطة 1 بالنسبة للاستلام النهائي من قرار مؤرخ في: 1964/11/21، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، مذكور سابقا.

7- راجع المادة 46 نطة 1 من نفس القرار.

8- Liet-veaux (G), op.cit., p. 260.

أخذا بالطابع الحضوري للاستلام.

ثالثا: الطابع الحضوري للاستلام:

الاستلام هو تصرف انفرادي يتم من طرف رب العمل في حضور المشيد أو بعد استدعائه على الأقل[1]، وهذا ما أقره المشرع في المادة 46 مقطع 1 من القرار المؤرخ في: 1964/11/21 [2]، وفي حالة إغفال ذلك، فإن الاستلام لا يكون نافذا في مواجهته[3].

وفي هذا الصدد، رفضت محكمة النقض الفرنسية الإحالة ضد قرار مجلس استئناف الذي أقر المسؤولية التعاقدية للقانون العام للمشيد، ونتيجة لذلك، استبعد ضمان مؤمنه للضمان العشري على الرغم من وجـــــــود محضـر معاينـة لانتهاء الأشغال معـــــــد في حضـــــــــور المهندس المعماري، ومحضر استلام موقــــــــع من طرف رب العمل والمهندس المعماري، هذا وطالـــــما أن " المقاول العام لم يكن حاضرا عنـــــد استـــــلام الأشغال وأن رب العمل لم يبرر استدعاؤه للحضور، وأن الطابع الحضوري للاستلام لم يتم احترامه في مواجهة هذا المقاول"[4].

وقد استبعدت كذلك محكمة النقض الفرنسية الاستلام الحضوري بسبب أن المحضر لم يكن موقعا من المقاول[5]، كما قضـــــي بأن معاينة محضر قضائي لا يمكن أن يشكل استلاما، لأنها لم تتم بشكل حضوري[6].

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 77.

2- " يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بواسطة كتاب مضمون عن إتمام الأشغال، وعندئذ يقوم هذا الأخير بالاستلام المؤقت بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور بصفة رسمية، وفي حالة تغيب المقاول يشار إلى ذلك في المحضر".

3- Huet (J), op.cit., p. 1347.

4- Cass.civ3, 4 janvier 1986 cité par : Karila(J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 10, col.2.

5- Voir, l'arrêt 18 juin 1997, Bull.civ.III, n142 ; RDI 1997, p.588, obs.ph.Malinvaud et B. Boubli cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.77, note(2).

6- Cass. civ3, 3 mai 1989, J.CP.1989, IV, p. 249 cité par : Huet (J), o.cit., p. 1347, note(109).

وإذا كان الاستلام يجب أن يتم في حضور المقاول، فإن رضاء هذا الأخير لا يكون لازما لكي ينتج الاستلام آثاره(1)، ومع ذلك، يتعين على قضاة الموضوع إظهار الطابع الحضوري للاستلام(2)، غير أن المبادرة بهذا الإجراء ليست ملكا لرب العمل وحده، لأن الاستلام يجوز إجراؤه كذلك بناء على طلب الطرف المستعجل، إما وديا، وهو الوضع الغالب أو قضائيا إن اقتضى الأمر ذلك، وفي كل الأحوال، يجب التصريح به حضوريا(3)، مما يستلزم دعوة المشيدين للمشاركة فيه(4).

يتضح مما سبق، بأن الاستلام هو تصرف قانوني موحد(5)، وانفرادي من جانب رب العمل بمقتضاه يصرح باستلام البناء ويصادق على العمل المنفّذ(6).

- -
- -

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 77.- Voir aussi, Huet (J), op.cit., p. 1347.

2- Voir deux arrêts cités par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 77, note (3).

3- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 23; Huet (J), op.cit., p. 1347.

4- Cass.civ3, 16 fév. 1994, Bull III, n22 cité par : Périnet-marquet(H), Ibid., p.23.

5- لازال الاستلام في القانون العام الجزائري يتم على مرحلتين كما سبقت الإشارة، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني الذي يعتد في المادة 554 فقرة 2 منه، بالاستلام النهائي لانطلاق أجل الضمان العشري، وهذا خلافا للقانون الفرنسي الذي وضع حدا للاستلام التدرجي منذ سنة 196 بالنسبة للقانون العام، ومنذ 1978 بالنسبة للقانون المدني.

6- Huet (J), op.cit., p.1347.

المبحث الثانـي:

الآثـار القانونيـة للاستـلام

يترتب على الاستلام آثارا هامة لاسيما على صعيد المسؤولية، أي على ضمان المقاول للعيوب الخفية اللاحقـة بالمنشـأة بعد الاستلام[1]، وقبـل التطرق إلى هذه المسألة، يجب أن نحـــــدد أولا آثار الاستـلام الأخـــــــرى، وهـي علـى الخصـوص انتقـال الملكيـة وحراسة البناء واستحقاق المقاول للأجر المحـــــدد في العقد، فضلا عن بداية انطلاق آجال الضمانات القانونية.

وسنحاول بحث هذه الآثار، كما يلي: آثار الاستلام غير المرتبطة بالمسؤولية(**المطلب الأول**)، أما بالنسبة لضـمان المقاول لحسن إنجاز المنشأة كأثر جوهري للاستلام، فإنه يمثل موضوع دراسة مستقلة(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:

آثـار الاستلام غير المرتبطة بالمسؤولية (الضمان)

يترتب على الاستلام انتقال الملكية، وذلك في غير عقد مقاولة البناء، ولكـن ممـا لا ريـب فيه أن الاستلام يؤدي إلى انتقال حراسة البناء(العقار) إلى المالك (رب العمل)(**الفرع الأول**).

كما أنه لا يستحق المقاول أجره كاملا إلا من وقت الاستلام، أي منذ اللحظة التي يثبت فيها لرب العمل أن العمل المنجز سليم وخال من العيوب(**الفرع الثاني**).

وأخيرا، يترتب على الاستلام انطلاق آجال الضمانات القانونية(**الفرع الثالث**).

1- و يتعلق الأمر هنا بالأثر المعفي للاستلام على ضمان المقاول لعيوب البناء، فهل تبرأ ذمته منها بمجرد الاستلام أم أنه يبقى ضامنا لها مدة معينة بعد الاستلام، مع العلم بأن للاستلام مثل هذا الأثر في عقود مقاولات الأعمال الأخرى.

الفرع الأول: أثر الاستلام من حيث انتقال الملكية وحراسة البناء:

يؤدي الاستلام إلى انتقال الملكية(**أولا**) وحراسة البناء(**ثانيا**).

أولا- انتقال الملكية:

في البداية، يجب أن نشير إلى أن مسألة انتقال ملكية المنشأة إلى رب العمل من وقـت الاستـلام، لا تثـار عنـدما يقتصر دور المقاول في عملية البناء على تنفيذ الأشغال فقط، غير أنها تثـار فـي حالـة تعـهد المقاول بتقديم المواد إلى جانب عمله. وفي هذا الصدد يرى الفقـ ـ ـ ـ ـ ـه الإداري في فرنسا بأن الاستـلام يـؤدي إلـى انتقـال ملكيـة المنشأة المنجزة إلى رب العمل[1].

ويرى الفقه الفرنسي الغالب بـأن المواد الموردة من طرف المقاول، تصبح ملكا لرب العمل بمجـرد اندماجهـا بالأرض التـي تكـون فـي الغالب مملوكة له أو على الأقل

يكون صاحب الحق في البناء عليها، أي أن أنصار هذا الرأي يستندون في تبرير موقفهم إلى فكرة الالتصاق بالأرض L'accession sur le sole[2].

وتطبيقا لهذه الفكرة، فإن ملكية المواد تنتقل إلى رب العمل متى التصقت بالأرض و اندمجت بها، بحيث تصبح وحدة واحدة لا يمكن فصلها عنها.

وفي نفس المعنى، يرى جانب من الفقه المصري أن انتقال ملكية الشيء المصنوع من المقاول إلى رب العمل يعد أثرا هاما للتسلم، ولكن في غير عقد مقاولة البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، لأن المواد التي يقدمها المقاول لتشييد البناء وإقامة المنشأ الثابت إنما تنتقل ملكيتها إلى رب العمل أول بأول بطريق الالتصاق بمجرد اندماجها في البناء ودخولها في هيكله وذلك طبقا لقاعدة " ما يبنى على الأرض يتبعها"[3].

1- De Laubadère (A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 420.

2- Philippe Rémy, « Que l'entrepreneur de construction supporte la charge des risques jusqu'a la réception de l'ouvrage », Rev.Trim.Dr.Civ, 1986 (1), p. 607.

3- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 260، هامش رقم:(4).

وتجدر الإشارة هنا بأن ملكية البناء في عقد البيع على التصاميم، تنتقل إلى المكتتب بالموازاة مع تقدم إنجاز الأشغال[1]، وهذا على خلاف عقد حفظ الحق الذي يتعهد فيه المرقي بأن ينقل إلى صاحب حفظ الحق ملكية عقار بعد تمام انجازه[2].

وعليه، فانتقال ملكية العقار المشيد لا تتوقف إطلاقا على عملية الاستلام التي تكمن أهميتها في التأكد من حسن تنفيذ العقد، أي التثبت من وفاء المشيد بالتزاماته على الوجه الأكمل، كما أن التزام المقاول الرئيسي في عقد مقاولة البناء ينصب على تشييد البناء المتفق

عليه وفق الشروط المحددة في العقد أو دفتر الشروط، وطبقا للأصول الفنيـ ـ ـة وقواعد المهنة وأعرافها، وبذلك لا يتحمل الالتزام بنقل الملكية حتى ولو تعهد بتوريد المواد.

ثانيا- انتقـال الحراسـة:

الحراسة هي تلك السلطة التي تكون للشخص على الشيء، وتفترض توافر عناصر ثلاثة من استعمال وتوجيه ورقابة، والعبرة باجتماع هذه العناصر بيد الشخص ولو لم يكن مالكا للشـ ـ ـ ـيء الذي يوجد تحت حراسته[3]. والأصل أن المالك هو الحـارس، فتقـ ـ ـ ـ ـ ـع عليـ ـ ـ ـ ـه المسؤوليـ ـ ـ ـ ـة حتـ ـ ـى يثبت العكس[4].

إن حـ ـ ـ ـ ـ ـراسة البناء تكون للمقاول خلال فترة التشييد[5]، حيث تثبت له عناصر السلطة الفعلية

- -

1- راجع المادة 28 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور سابقا.

2- راجع المادة 27 فقرة أولى من نفس القانون.

3- وهذا طالما أن المشرع أخذ في المادة 138 من القانون المدني بمفهوم الحراسة الفعلية دون الحراسة القانونية، وهـ ـ ـ ـو بذلك يكون قدساير حكم الغرف المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 2 décembre 1941, Sirey, 14/01/1941, note (J) Mazeaud.

راجع هذا الموقف، فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص ص 101، 104. راجع أيضا: علي فيلالي، الالتزامات: العمل المستحق للتعويض، دون طبعة، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 196.

4- فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 105، راجع أيضا، علي فيلالي، الالتزامات: العمل المستحـ ـ ـق للتعويض، نفس المرجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـع ، ص 200.

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 35.

على ما تم إنجازه من الأشغال، كما تستمر حراسة المقاول للبناء بعد اكتمال الأشغال إذا لم يحصل استلام بعد، لأن الرقابة العامة على الأشغال تكون للمقاول إلى غاية استلام المنشأة.

ويتحمل المقاول الذي يورد المواد عبء الأخطار إلى حين استلام العمل، وقد أخذت بهذا الرأي التقليدي بعض القرارات القديمة[1]، وذلك في غير عقد مقاولة البناء، لأن رب العمل يصبح مالكا للمواد التي يوردها المقاول بمجرد اندماجها في الأرض.

والحقيقة أنه في غياب استلام المنشأة، فإن عبء الأخطار، يجب أن يقع على المقاول على الأقل إذا لم يتم إخطار رب العمل بالاستلام[2]، وهذا ماأخذت به المادة 568 من ق.م[3].

نتيجة لذلك، لا يستحق المقاول أجره ما لم يكن الهلاك راجعا إلى عيب في المادة الموردة من رب العمل[4]، وهذا ما أقررته المادة 558 فقرة 1 و 3 من ق.م[5].

ويبرر البعض، تحمل المقاول المورد للمواد عبء الأخطار قبل الاستلام، لاحتفاظه بجميع السلطات على الشيء حتى استلام الأشغال[6].

وعليه، فالأخطار لا يجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـب أن تتبع الملكية، حيث يؤكـ ـ ـد الاجتهاد القضائي الفرنسي اليـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـوم

- -

- -

1- Rémy(Ph), « Que l’entrepreneur de construction supporte la charge des risques jusqu’a la réception de l’ouvrage », op.cit., pp. 607, 608.

2- Cass.civ3., 15 juin 1988, Rev.Dr.Immmb. 1988, p. 462. Voir dans le même sens, Sériaux (A), op.cit., p. 295.

3- يتحمل المقاول تبعة هلاك الشيء(البناء) بسبب أجنبي قبل تسليمه إلى رب العمل (م.558 فقرة 1 ق.م)، ما لم يتم إخطار هذا الأخير بتسلم الشيء (558 فقرة 3 ق.م).

4- Sériaux (A), op.cit., p. 296.

5- إذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى رب العمل بسبب أجنبي، فليس للمقاول أن يطالب بثمن عمله، ولا برد نفقاته (م.558 فقرة 1 ق.م) ، ما لم يكن الهلاك راجعا إلى عيب في المادة التي قام رب العمل بتوريدها (م.568 فقرة 3 ق.م).

6- Mazeaud (H, L.et J), op.cit., n 1365-3.

هذا المعنى[1].

لذلك تعرض للنقض القـرار الذي رفض دعـوى رب العمـل المقامـة ضـد المقاول، الرامية لطلب تعويض الأضرار اللاحقة بمجمـوع عقاري قبل استلامه، بسبب انفجار عدواني(إرهابـي)، بحجـــــــة أن تلف الشيء يشكل بالنسبة لرب العمل حالة قوة قاهرة[2].

ولما كانت حراسة البناء أثناء تشييده تكون بيد المقاول، فإنه يتحمل المسؤولية أيضا عما يلحق الغير[3] من أضرار بسبب تهدم البناء الكلي أو الجزئي خلال هذه المرحلة، باعتباره حارسا له، وذلك استنادا إلى نص المادة 138 من القانون المدني المقابلة للمادة 1384-1 من القانون المدني الفرنسي، ولكن يجوز للغير المضرور جراء تهدم البناء الرجوع أيضا بالتعويض على المالك طبقا للمادة 140 فقرة 2 من القانون المدني المقابلة للمادة 1386 من القانون المدني الفرنسي، لأن وصف البناء لا يقتصر على المباني التي اكتمل تشييدها، كما ذهب إلى ذلك القضاء الفرنسي في أحد قراراته[4]، بل يشمل أيضا المباني التي لاتزال قيد التشييد[5].

ومن أجل ضمان حق المضرورين في الحصول التعويض عما قد يلحقهم من أضرار بمناسبة تنفيـــــــذ أشغال البنـــــــــاء، أوجـــب الأمر رقم: 95-07 المتعلق بالتأمينات علـــــــى المقاول والمهندس المعماري اكتتاب عقـــــد تأمين لتغطية مسؤوليتـــه المدنية المهنية التـــــــي قد يتـــعرض لها

1- Civ1., 11 oct. 1983, Bull.civ.I, n 221, p. 198; Civ3., 18 juin 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, Pan.530 cités par: Rémy(Ph), « Que l’entrepreneur de construction supporte la charge des risqué jusqu’a la réception de l’ouvrage », op.cit., p. 608.

2- Cass.civ3., 19 fév.1986, cité par : Rémy(Ph), Ibid., p.607.

3- الغير المضرور من جراء تهدم البناء أثناء فترة التشييد، يمكن أن يكون أجنبيا تماما عن عملية البناء، كالمارة في الطريق العام والجيران، أو يكون له صلة بها، كالعمال والفنيون. راجع، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 43-75.

4- حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها تطبيق نص المادة 1386 مدني على بناء في طور التشييد، مقررة مسؤولية المالك باعتباره حارسا على أساس المادة 1384 فقرة أولى من ق.م. راجع: Civ.2, 21 Déc. 1965, Bull.civ., n1065.

5- علي فيلالي، الالتزامات: العمل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 237.

بسبب أشغال انجاز البناء، وتجديد البناءات وترميمها [1]، على أن يبدأ سريان هذا العقد من تاريخ فتح الورشة، إلى غاية الاستلام النهائي للأشغال[2].

الفرع الثاني: استحقـاق المقـاول الأجـر المحـدد فـي العقـد:

يعد الأجر[3]عنصرا هاما في عقـد المقاولة، وشرط ضروري لانعقاده، غير أن تعيينه ليس ضروريا لصحـة هذا العقد، إذ يكفي أن يكون قابلا للتعيين، لأن تحديد الأجر متوقف هنا على النشـاط الإنسانـي الذي لا يمكن معرفة مداه (قيمته) مسبقا، فالثمن سيحدد إذن بالاتفاق بين الأطراف بعد التنفيذ[4].

ففي مجال الأشغال، فإن الثمن سيتم إذن تحديده بعد إنجاز العمل[5]، والصفقة على أساس الوحدة هي الصيغة الأكثر استعمالا في مجال البناء، حيث لا يتم تحديد الثمن بصفة نهائية في العقد، ولكن مـادة بمـادة[6]، وأخذا فـــــــــــي الاعتبار الكميـــــة المنجزة، فعلى سبيل المثال، تشييد حائط على أساس المتر المربـع، أو علـى أساس المتر المكعب للإسمنت، أو على أساس أيام العمل[7].

وفـــي حالة عدم تحـــــــديد الثمن، فإن القاضـــــي هو الذي سيحدده، معتمـدا فـي ذلك علـى قيمـة

1- راجع المادة 175 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

2- راجع المادة 177 من نفس الأمر.

3- يعتبر عقد المقاولة بالضرورة عقد معاوضة (المادة 549 من ق.م المقابلة للمادة 1710 م.ف)، وإلا اعتبر اتفاق تعاونـــــي حيث تكون مسؤولية من يقوم بالعمل المجاني مخففة دائما، ولكن يفترض في عقد المقاولة إبرامه بعوض. راجع:

Voir aussi, Cass.civ3., 17 décembre 1997, Bull.civ.III, n 226 ; D.Aff., 1998.667 cité par : Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p. 433, note(1).

كما تبرم صفقة إنجاز منشأة أو أشغال بناء بمقابل حسب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

4- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), op.cit., p. 433.

5- Ibid., p.433.

6- Ibid., p.436

7- Ibid., p.436.

العمل[1] ونفقاتـه[2].

ونحن لا نعرض هنا لدفع الأجـر كالتـزام مترتب علـى رب العمل، وإنما لمسألة استحقـاق المقـاول له بمجرد حصول عملية الاستلام، أي باعتباره أثرا لهذه العملية فحسب، وبالتالي لا يستحق المقاول أجره كاملا إلا من الوقت الذي يتسلم فيه رب العمل الأشغـال، أي من اللحظـة التـي يقـّر فيها بأن الإنجـــاز مطابـق لشـروط العقـد (الصفقة) وقواعد الفـن، فبتمام التسـلم علـــــــى هذا الوجه، يستحق المقاول الباقي من الأجر، كما يسقط حق رب العمل في حبسه[3].

ولما كان عقد مقاولة المباني من العقود الهامة، فقد جرى العمل فيها على أن يدفع رب العمل جزءا من الأجر مقدما قبل البدء فـــــي التنفيذ[4]، بينـــما يسدد الباقي على دفعات تحت الحسـاب[5] بالنظر إلى تقدم الأشغال أو بحسب ما تم من الانجاز[6].

وعند تمام التنفيذ تتم التصفية النهائية للحساب[7] بين المقاول ورب العمل أو المهندس المعماري[8]، حيث يتـ ـ ـ ـم خصم كل ما سبق دفعه من دفعات على الحساب من المبلغ الإجمالـ ـ ـ ـ ـ ـي

1- Malaurie(Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), op.cit., p. 436.

2- راجع المادة 562 من ق.م.

3- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 361.

4- نفس المرجع والصفحة.

يطلق على المبلغ المدفوع على هذا النحو بالتسبيق، وهو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، وهذا حسب ما جاء بالمادة 109 نطة 1 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

5- الدفع على الحساب هو كل مبلغ تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة، وهذا حسب ما جاء بالمادة 109 نطة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.

6- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 261، محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 199، عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 197.

7- التسوية على رصيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـد الحساب هـ ـ ـ ـ ـ ـي الدفـ ـ ـ ـ ـع المؤقت أو النهائي للسعر المنصـ ـ ـ ـ ـ ـوص عليه فـ ـ ـ ـ ـ ـي الصفقة بعد التنفيذ الكـ ـ ـ ـ ـامل والمرضي لموضوعها، وهذا بحسب ما جاء بالمادة 109 نطة 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

8- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص ص 261، 262.

للمقاولة(الصفقة) الذي تـم التراضـي بيـن أطراف العقد على مقداره أو حتى على أساس تقديره.

وعملية المحاسبـة النهائيـة أو الحسـاب الختامـي كما يسمونه عـادة تسفر في الغالب عن وجود مبلغ متبقي لم يدفعه رب العمل للمقاول بعد، فهذا المبلغ هو الذي يصبح مستحق الأداء بتمام عملية التسلّم كأثر من آثارها[1].

الفرع الثالث: بدايـة سـريان الضمانات القانونيـة:

تكمن أهمية تحــــديد وقت استـــــلام المنشأة في إعمال الضمانات القانونية(ضمان تمام الإنجاز والضمان العشري)، والتي تكون غير قابلة للتطبيق خلال الفترة السابقـة علـى الاستـلام ومن ثم، يجـب لإنطـاق هـذه الضمانات أن يكون الاستلام قد تم فعلا.

كما يعتبر حصول الاستلام شرطا ضروريا لإعمال التأمين الإلزامي من المسؤولية العشرية[2].

وعليـــــــــه، فإن الاستـــــــــلام هو بمثابة نقطة لانطلاق كـــــــــل من ضمان كـــــــــمال الإنجـــــــاز(**أولا**) والضمان العشري (**ثانيا**)على السواء.

أولا- بالنسبـة لضمـان تمـام الإنجـاز:

لم ينص القانون المدني على هذا الضمان الجديد، واقتصر على تنظيم الضمان العشري في المادة 554 وما بعدها، غير أنه نص عليه لأول مرة بموجب المادة 14 فقرة 2 [3] من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ثم بموجب المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04 المؤرخ في: 17 فيفري 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية[4].

1- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 262.

2- راجع المادة 178 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

3- "..غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة، ولا من ضمان حسن الإنجاز التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة".

4- " غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض لها المرقـــــــي العقاري، ولا من ضـــــــمان

وطبقا للنص الأخير، يلتزم المرقي[1] في إطار عقد بيع عقار مبني بضمان الإنهاء الكامـــــل لأشغـــــــــــال الإنجـــــــــاز Garantie de parfait achèvement des travaux de réalisation وذلك لمدة سنة واحدة، ولكن من أين يبدأ سريان هذه المدة؟

لم يحدد المشرع نقطة انطلاق أجل الضمان السنوي سواء في القانون الحالي أو في القانون السابق، وهذا يعد نقصا يجب على المشرع تداركه، وعلى ذلك، فهل يبدأ انطلاق أجل السنة من وقت استلام المنشأة من طرف المرقي من عند مؤجري العمل(المقاول)، أو من وقت تسلّم المقتني لها من عند المرقي[2]؟

ثانيا- بالنسبة للضمان العشري:

يعتد القانون المدني بالاستـــــلام النهائـي كنقطـة بدايـة سريان الضمـان العشـري فـي المـادة 554 فقرة 2، وهـذا بخلاف القانـون المدني الفرنسـي الذي لم يكن يتخذ من الاستلام كنقطـة لبدايـة سريان الضمـان العشـري، غير أن الاجتهاد القضائي اعتبر دائما الاستلام نقطة بداية المسؤولية العشرية[3]، مبينا أنـه يحيلنـا من نظام المادة 1147 المقابلة للمادة 176 مدني جزائري إلى ذلك النظـام المنصوص عليه بالمادة 1792 مدني فرنسي[4] المقابلة للمادة 554 م.ج.

وعلـى ذلك، يعتبـــــر الاستـــــلام بمثابة نقطـــــة انطـــــلاق مخــــتلاف الضـــــمانات بالنسبـــــــة لجميـــــع

الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز..".

1- كان المتعامل في الترقية العقارية يتحمل هذا الضمان في إطار عقد البيع على التصاميم، حيث كان يعرف حينها بضمان حسن الإنجاز Garantie de bonne exécution de l'ouvrage راجع المادة 14 فقرة 2 من المرسوم

التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بقانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية القارية، المذكور سابقا.
2- لمعرفة الإجابة على السؤال المطروح أعلاه، راجع ص 355 من هذه الأطروحة.
3- Cass. Ch. Réunies, 2 aout 1882, S, 1883, 1, 5. Voir aussi arrêt plus récemment, Cass. civ3, 23 Av. 1986, Bull. III, n 46.
4- Caston (A), op.cit., p.78.

المهنيين المتدخلين في إنجاز المشروع، والتي تبدأ آجالها في السريان من يوم الاستلام وليس من يوم رفع التحفظات[1]، وهذا أخذا بفكرة الطابع الوحدوي للاستلام.

ويتفق موقف القانون المدني الجزائري مع اتجاه الفقـه نحـو الأخـذ بالاستلام النهائي لاحتساب أجل الضمان العشري[2]، لكن بالرجوع إلى المادة 41 من قانون رقم: 86-07 المؤرخ في: 4 مارس 1996، المتعلق بالترقية العقارية الملغى، نجدها تعتد بتاريخ تسليم شهادة المطابقة لبدء سريان الأجل العشري، وفي نفس الوقت تحيل على المواد: 140 فقرة أولى 554 ، 564 من القانون المدني.

وشهادة المطابقـة هي وثيقـة تنظيميـة تسلمها الجهـة الإداريـة المختصـة، أي رئيس البلديـة أو الوالـي حسـب الحالـة[3]، إلـى المعنـي (المالك أو صاحب المشروع) بعـد إشعـار المجلس الشعبـي البلدي بإنـــــهـاء البناء[4]، وبالتالـي فشهـادة المطابقـة ليس لهـا علاقـة بعمليـــــــة استـــــلام الأشغـــــال ولا هي شرط يتوقف عليـه الاستـلام، وإنمـا هي وثيقة إدارية يتم من خلالها التأكد من مطابقة الأشغال المنجزة لرخصة البناء فحسب، غير أن هذه المعاينة لا يمكن مبدئيا مباشرتها إلا بعد انتهاء الأشغال، ومن هذه الناحية يقترب مفهوم المطابقة من استـلام الأشغـال، حيـث يفترض كلاهما أن تكون الأشغال منتهية.

والجدير بالذكر هنا، أن الاستلام النهائي لا يجرى في نطاق العقود العامة للبناء إلا بعد رفـــــع التحـــــفظات المبداة أثنـــــاء الاستـــــــلام المؤقت[5]، و إصلاح النقائص الملاحـظة خلال أجـــــل

1- Jean.-Pierre Karila, « Contrat d'entreprise, Responsabilité, Réception tacite, incidence de la loi du 4 janv. 1978 », Jurisprudence, Recueil Dalloz Sirey, 1985, p. 192, col.1-2.

2- راجع المادة 554 فقرة 2 من ق.م.

3- راجع المادة 75 فقرة أولى من قانون رقم: 90- 29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

4- راجع المادة 56 من نفس القانون.

5- راجع المادة 10 نقطة 8، 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

الضمان Garantie de parachèvement[1]، وبالتالي لا يمكن أن يبدأ أجل الضمان العشري في السريان قبل ذلك، مع وجوب مراعاة ما تنص عليه المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

وفي هذا الصدد، يرى جانب من الفقه الفرنسي مع بعض من قرارات القضاء أنـه من البديهـي أن استـلام الأشغـال لا يشكل نقطـة بدايـة سريان المسؤوليـة العشريـة متـى صاحبـه تحفـظ على بعض النقائص، إذ تطبق في هذا الفرض المسؤوليـــــة التعاقدية بسبب سوء التنفيذ[2]، بل قضـي بأن إدراج التحفظات في محضـر الاستـلام النهائي نفسه يحول دون بدء سريان الأجل العشري[3].

ويتماشى هذا الحل في الواقع مع نظام الاستلام المزدوج، وعليه نذهب مع ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى أن الاستـلام ينهـي فيما عدا التحفظات المبداة فتـرة المسؤولية التعاقدية للمشيدين[4]، ويعلن عن انطلاق فترة الضانات القانونية.

ويسري أجل الضمان العشري كذلك ابتداء من يوم استلام المنشأة وليس من يوم البيع إذا كان البائع له صفة المرقي العقاري، أي أن أجل الضمان يسري في حـــــق رب العمـــــل المرقـــــــــي كما يسري في حق المشتري كذلك من يوم الاستلام، لكـــــــن في إطار البيـع علـى التصميـم فقط فعلـــــى افتـــــــــراض أن شركـــــة تولت تشييد عقـــــار وباعته بعد الاستـــــلام بتسع سنوات وتسعة أشـــــهر

1- راجع المادة 47 نطة 1 من قرار مؤرخ في: 1964/11/21، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة مذكور سابقا.

2- Civ1., 16 juill. 1964, Act. Jur. Prop. Immob., 1965.25 ; Civ3., 6 juin 1969, Bull., III, n. 455.- 16 févr. 1972, Bull., III, n 106, D., 1972. Som. 154 cités par : Le tourneau(Ph), op.cit., p. 481.

3- C.E. 20 oct. 1965 ; 26 mai 1967; C.E. 13 nov. 1968, R.D.P.1969, p.730 cités par: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 259، هامش رقم:(242).

راجع في نفس المعنى أيضا، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 136.

4- Huet(J), op.cit., p. 1347.

فلا يجب عليهـا الضمـان العشـري سـوى لثلاثـة أشـهر، ولا تكـون ملزمة بتاتا بالضمان السنوي فقد انقضى منذ مدة طويلة[1].

فالبائع هنا لا يلتزم إلا لمدة قصيرة، وبالتالي يحظى المشتري بحماية أقل بكثير مقارنة بالقانون العام للبيـــــــــع[2]، أو يجـــــــــب إذن تطبيق ضمان المشيدين حتـــــــى انقضاء أجـــــــــل سنتين وعشرة، ثم يلي ضمان القانون العام للبائع، وهذا في الحقيقة فضول قانوني.

وهذه ليست المفارقة الوحيـــــــــــدة هنا، فمثلا فيما يتعلق بالبائـــــــــــــع الذي يقوم بالبنـــــــــاء بنفســـــه

نخضعه لنفس قرينة المسؤولية للمقاول الحرفي و Le castor، وهذا أمر قابل للمناقشة، وأكثر من ذلك كيف نحدد نقطة بداية الضمان إذن بالمفهوم نفسه، إذ لا يوجـــــــد أي استـــــــلام لمنشأة(3)؟

المطلب الثانـــــــي:

أثـر الاستـلام علـى ضمـان المقـاول لجـودة المنشـأة

إن وقت تقدير وفاء المقاول بالالتزامات الملقاة على عاتقه على الوجه المرضي هو وقت استلام البنـــــــــاء من رب العمل الذي يجـــــــــــــــــــوز له أن يرفض الأشغال المنجـــــــــــــــزة أو يقبلها بتحفظات أو بدونها، ولكن نادرا ما يتم الاستلام دون تحفظات(4)، حيث تنصب هذه التحفظات على العيوب أو النقائص التي تكون ظاهرة وقت الاستلام.

وتجدر الإشارة، أن المقاول لا يضمن سوى العيوب الخفية في المنشأة وقت الاستلام وذلك وفقا للضمانات القانونية، أما العيوب الظاهرة، فيجب التمييز بشأنها بين فرضين كما سنرى.

1-Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 167.
2- Ibid., p.167.
3- Ibid., p.167.
4- Domonique lefebvre, op.cit., 19.

وقبل أن نبين أثر الاستلام على التزام المقاول بالضمان(**الفرع الثاني**)، يجب أن نعجل الحديث أولا عن السبب الموجب له (**الفر ع الأول**).

الفـــــرع الأول: مفهـوم العيـب الموجب للضمان وتمييـزه عـن عـدم المطابقـة:

لاشك أن الضمان يرتبط بوجود العيب، فلا يقوم الضمان إذا انعدم العيب، غير أن مفهوم العيب (**أولا**) يختلف عن عدم المطابقة، مما يجب التمييز بينهما(**ثانيا**).

أولا- تعريـف العيـب و شروطه:

لا يقوم ضمان المشيد إلا إذا وجد عيب في البناء(Malfaçon)، ولكن ليس كل عيب يستوجب الضمان، لذلك ينبغي تحديد معنى العيب **(أ)**، ثم شروطه **(ب)**.

أ- معنى العيب:

العيب لدى البعض هو: " الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتـة، والتـي تقتضـي أصـول الصنعـة وقواعد الفن خلوها منه"[(1)]، وعرفـه آخـر بأنـه: " آفـة عارضـة يخلـو منهـا أصـل الفطـرة السليمـة للشـيء، كالوهن في أساسات البناء، أو كونه خارجا عن خط التنظيم، أو وجود شقوق بجدرانه"[(2)].

أما القضاء الفرنسي، فقد عرف العيب بأنه: " النقيصة التي تشوب الشيء عرضا ولا تتواجد بالضرورة في كل شيء من هذا النوع"[(3)]. وعرفته محكمة النقض المصرية في نطاق عقد البيع تعريفا مماثلا [(4)].

1- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 97.

2- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 115. راجع في نفس التعريف تقريبا، سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دون طبعة، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 223.

3- حكم محكمة استئناف ليون بتاريخ: 18 فيفري 1952.

4- العيب الخفي هو" الآفة الطارئة التي يخلو منها أصل الفطرة السليمة للمبيع" راجع: نقض مدني مصري، 18 أفريل 1948، مج عمر 4، ص 587، رقم: 296.

وهكذا، فإن العيب يختلف عن عدم المطابقـة للمواصفات العقدية، فقـد يكـون البناء سليما خاليا من العيوب، لكنه غير مطابق للمواصفات المذكورة في العقد، كأن تكون مساحة الحجرات أو ترتيبها مخالفا للمواصفات المتفق عليها[(1)].

ويقـــــــصد بالعيـــــوب حسب المـــادة 23-3 من القرار الوزاري المشـرك المـــــؤرخ فـــــــي: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء المذكور سابقا، " كـل عيـب فـي المواد أو المنتجات أو عمل غير متقن Malfaçon من شأنـه أن يهـدد فـورا أو بعد مدة استقرار المشروع وعمله في ظروف معينة".

يعاب على هذا التعريف، تعداده فحسب لأسباب تعيب المبانـي دون تقديم تعريف فني لكلمة عيب في حد ذاته.

ويضاف إلى قائمة العيوب المنصـوص عليهـا بالمـــادة 23-3 المذكـــورة أعلاه، النوعيـّــــة الرديئـــــة لأرضيـة الأساس[2]، بمعنى العيب في الأرض حسب تعبير نص المادة 554 من القانون المدني.

ويكـون العمل غيــــر متقـن عمـوما إذا لـم يراع فـــــــي تنفيـذه ما تقضــــــي به المهنـة من أصــــــول وقواعـد متعـارف عليها، أو ما تنص عليه قوانين تنظيم البناء ولوائحه التنظيمية من مواصفات تقنيـة وقيـود كالارتفاقات مثلا.

والضرر الذي يؤخذ في الاعتبار استنادا للضمانات القانونية هو الخـلل الذي يجـب أن يكـون نتيجـة عيـب خفـي عند الاستلام[3].

1- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 97، هامش رقم: (207).

2- راجع المادة 46 من قانون رقم: 11-04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية مذكور سابقا.

3- Bernard Boubli et Alexandre Kurgansky et Bernard Stemmer, Collection Mémentos Pratiques, Responsabilité et assurance dans la construction, troisième partie, Editions Francis Lefebvère, Paris, 1990, p. 838.

وقد حاول جانب من الفقه التمييز بين عيوب البناء والعيوب العادية، معتبرا هذه الأخير بأنها عيوب في المواد المستخدمة في البناء، أما عيوب البناء، فهي عيوب في الصنعة بمعنى سوء التنفيذ، أي العيوب التي تشوب عملية البناء ذاتها، وبالتالي فالبائع حسب المادة 1652 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي لا يضمن سوى عيوب البناء فقط، وقد اعتبر هذا الرأي الفقهي فكـرة العيـب هـي فكـرة ضيقـة تخـرج من نطاقها العيوب العادية، مستدلا على ذلك بأن المشرع نفسه قد استعمل اصطلاح Vices de construction بمعنى عيوب التشييد(1).

لكن لم يلاق هذا الرأي قبولا لدى الفقه الفرنسي في مجمله، لأن المشرع في المادة 1652 فقرة أولى من القانون المدني لم يقصد بعبارة Vice de construction عيوب التشييد أي فعل البناء Acte de construire وإنما عيوب المبنى Vice d'édifice ou bâtiment

كما أن من شأن هـذه التفرقـة أن تـؤدي إلى صعوبة التمييـز بين عيوب البنـــاء والعيوب العاديـــــة وعلى ذلك، يجب أن يؤخذ العيب بمفهومه الواسع (2).

والعيب في التشييد يمكن أن يكون عيبا ماديـا، كما يمكن أيضا أن يكون عيبـا قانونيا كإقامة البناء بالتعدي على أرض الغير أو بالانتهاك لحق الارتفاق أو بالمخالفة لتنظيم التعمير..(3).

ولكن هل كل عيب يكون موجبا للضمان؟

ب- شـروط العيـب الموجـب للضمـان:

لكي يضمن المقاول خلال البناء، يجب أن يكون ناتجا عن عيب خفي**(1)**، وأن يكون مؤثرا**(2)** و قديما**(3)**.

- -

- -

1- V. Meysson (P), « La vente d'immeuble à bâtir », Rev.Ec.et Dr. Imm.1967, p.136 et S cité par : عمر وطه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 264، هامش رقم: (5)

2- راجع في هذا النقد، عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 265.

3 - Foussereau (J), op.cit., p. 21.

1- خفـاء العيـب:

لا يضمن المقاول على غرار البائع سوى الخلل الناتج عن عيب خفي في البناء وقت تسلمه، مما يعني عدم التزامه بضمان العيوب الظاهرة في البناء[1] التي لم يتم التحفظ عليها.

وتقدير خفاء العيب من عدمه يرجع فيه عادة إلى أساسين، الأول موضوعي (معيار الشخص العادي)، و الثاني ذاتي(شخصي).

وطبقا للأساس الموضوعي، يكون العيب خفيا إذا لم يستطع رب العمل اكتشافـه ولو بذل فـي معاينة البناء وفحصه ما يبذله الشخص العادي من حرص وعناية لو أنه وجـد فـي نفـس ظروفـه، وعليـه، فـإن رب العمل سيتحمل نتائج تقصيره في فحص البناء عند تسلمه بعناية الشخص العادي، وذلك بإعفاء المقاول من ضمانه لهذا العيب.

بينما يكون العيب خفيا وفقا للأساس الشخصي إذا لم يكن فـــــي استطاعة رب العمل اكتشافـــــــه ولو بذل كل ما في وسعه من العناية في فحص المبنى حتى وإن كان بإمكان شخص آخر غيره اكتشافه لو أنه وجد في نفس ظروفه.

ولعل معيار الشخص العادي هو المعيار الأنسب لتحقيق العدالة، وهذا نظرا للفوارق الطبيعية الموجودة بين الأشخاص من حيث نسبة الذكاء ودرجة اليقظة، وما يترتب على ذلك من اختلاف نظرتهم للأشياء وتقديرهم للأمور في معظم الأحيان.

2- جسامـة العيب:

لا يكفي أن يكون العيب خفيا حتى يشمله الضمان، بل يجب زيادة عن ذلك أن يكون جسيما. والعيب الجسيم هو العيب الذي ينقص من قيمة البناء أو يحد من منفعته بحسب الغرض[2] المقصود من إقامته.

1- راجع لاحقا الأثر المعفي للاستلام، ص 233 من هذه الأطروحة.

2- يشمـــل الضمان العشري حـسب القضاء الفرنسي، زيادة عن العيوب التـــــي تهدد سلامة البنـاء ومتانته، العيــــوب التـي يكـــــون

وعلى ذلك، فالعيوب البسيطة التـــــي جـــــــرى العرف على التسامح فيـــــها لا يشملها الضمان غير أن الأمر يختلف بالنسبة لعيوب البناء، إذ تمحى بمجرد الاستلام متى كانت ظاهرة ولم يتم التحفظ عليها، أما إذا كانت خفية، فإن الضمان يتحقق فيها، ولكن للمدة القصيرة التي يحددها عرف الصنعة[1].

3- قـدم العيـب:

لا يضمن المقاول طبقا للقواعد العامة سوى العيوب القديمة أي الموجودة في البناء عند تسلمه، أو العيوب التي يكون سببها موجـــودا على الأقل فــــي ذلك الوقت[2]، أما العيــــوب التـــــي تطــــرأ بعــــد الاستلام، فلا يضمنها المقاول، ويتحمل رب العمل تبعتها[3].

وعلى ذلك، إذا ثبت أن الخشب الذي استعمله المقاول في البناء والمورد من طرفه، كان مصابا بالسوس، فإنه يكون ضامنا له، وإن لم يستفحل السوس إلا بعد الاستلام، بينما لا يلزم المقاول بالضمان إذا أصيب الخشب بالسوس بعد الاستلام[4].

وإذا كان قدم العيب شرطا لقيام مسؤولية المقاول طبقا للقواعد العامة، فإن مسؤوليته طبقا لنص المادة 554 من القانون المدني تقوم لمجرد تحقق سببها خلال مدة الضمان، أي يكفي

لذلك حصول تهدم فـ ـي البناء أو وجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـود عيب جسيـ ـ ـ ـ ـ ـم فيه ولو كان العيب الذي أدى إلى التـ ـ ـ ـ ـ ـهدم

من شأنها أن تجعل البناء غير صالح للغرض الذي أنشئ لأجله. ونأمل من قضائنا أن يسير في هذا الاتجاه الذي ينم في الحقيقة عن نضوج ونباهة، لأن العيب الذي يحول دون تحقيق الغرض الذي أنجر البناء لأجله هو عيب جسيم أيضا، بل تفوق في الواقع جسامته، العيب الذي يهدد أمن البناء وسلامته.

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 126.

2- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 164. راجع كذلك، نفس المرجع، ص 153.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 129. راجع كذلك، عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 116، هامش رقم:(3).

4- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ص 153، 154.

أو الخلل قديما أو طارئا(حديثا)[1]، إذ لا يشترط أن يكون العيب موجودا في المبنى وقت تسلم رب العمل له[2]، ومن هذه الناحية يختلف الضمان المنصوص عليه بالمادة 554 من ق.م المقابلة للمادة 651 مدني مصري عن الضمان العام في عقد المقاولة بوجه عام.

ثانيا- عيـوب البـناء و عدم المطابقـة:

يجب أن نشير في البداية إلى وجوب عدم الخلط بين عيوب البناء وعدم المطابقة، وهذا الخلط وقع فيه القضاء الفرنسي الذي لم يكـن يميـز بين عدم المطابقة للعقد وخرق قواعد الفن[3].

ويلاحظ أنه طرح نفس المشكل في مجال البيع، حيث يوجد في هذا المعنى تقليد فرنسي واضح جدا، وطبقا له، فإن عدم المطابقة هـو خرق للالتزام بالتسليم، بينما العيب هو خرق للالتزام بالضمان[4].

وبعبارة أخرى، إن عدم المطابقة Défaut de conformité ينتج عن الاختلاف بين الشيء المتعهد به في العقد والشـــــــيء الذي تـــــــــم تسليمـــه، أما Le vice، فينتـــــــــج عن فساد الشـــــــيء الذي

1- أنظر، محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 164. راجع كذلك، المرجع نفسه، ص 155.

2- محمد لبيب شنب، نفس المرجع، ص 164. أنظر في نفس المعنى، أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 116، هامش رقم: (3).

3- Cass. Civ3., 3 juin 1987, Bull. civ.III, n.112 cité par : Liet-Veaux(G), Juris-classeur construction, Fasc. 203-1, 1990, n.84, p. 10.

Sur les confusions en jurisprudence entre non- conformité et vices de construction, voir, O. Tournafond : Rev. Dr. Imm. 1988, pp. 40, 41 cité par : Liet- veaux (G), J.-C., Construction Fasc.203-1, 1990, n. 85, p. 10.

4- « Le défaut de conformité est une violation de l'obligation de délivrance et le vice une violation de l'obligation de garantie » voir, Philippe Malinvaud et Bernard Boubli Rev.Dr.Immob, 1980, pp. 301, 302.

يجعله غير صالح للاستعمال المنتظر منه[1].

أما فـي مجـال البنـاء، فإن المسألـة ليست بنفس الأهمية، لسبب بسيـط هـو أن نقائص المطابقـة تكـون عموما ظاهرة أثنـاء الاستلام، وبالتالي إما أن تكـــــون محـــــــل تحفظات، فيتـــــــم تصحيحها، أو تمحى عن طريق الاستلام[2].

ومع ذلك، فعدم المطابقة يجب ألا تكـــــــون سـوى مخـــــالفة مباشـرة لبند محـــــــدد فــــي العقد والوثائق الملحقة الخاصة **بالمشروع،** بينما خـرق وثيقـة عامـة أو قاعدة فـن أو مقايسـة لا يعتبر خـرقا للعقـد، بل هـو سـوء التنفيـذ، والنتيجة هي سوء الصنعة Malfaçon [3].

وحسب الفقـه، تكون الأعمال غيـر مطابقـة إذا تمت خلافا لما هـو محـدد أو منصـوص عليـــــــــه فـــــي العقـد من مواصفات واشتـــــــــــراطات و لو لم يترتب عن ذلك تعريض متانة البنـــــــــاء وسلامته للخطر، ولكن إذا قام المشيد بتنفيذ الأعمال طبقا لشروط العقد، لكنه لم يراع في ذلك أصـول الصنعـة (المهنة) وقواعد الفـن، مما يجعـل البناء غير متين، فإن البناء هنا يكون مطابق، لكنه معيب[4].

وقد يقع العكس، كما لو تعهد مقاول بتنفيذ بنـاء متيـن، ولكنـه لم يلتـزم فـي تنفيـذه بالتصاميـم المتفـق عليهـا أو المواصفات المحددة بالعقد، فيكون البناء غير مطابق، لكنه غير معيب[5].

وعليـــــــه، فإن فكـرة عدم مطابقـة العقـار المشيد للمواصفات تختلف عن فكـــــــــــرة عيوب البنـــــــــاء، فبائع العقار تحت التشييد(المرقي عندنا في القانون الجزائري) قد يراعي فـــــــي الإنجـــــــــــاز

1- Jean-Pièrre Karila, « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », Recueil Dalloz Sirey, 1990, 42e Cahier- Chronique.- LIII, p.314, col.1.

2- Malinvaud (ph) et Boubli(B), Rv.Dr.Immob, 1980, p.302.

3- Liet-veaux(G), Juris-Classeur, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 86, p. 10.

4- راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 266.

5- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 234.

المواصفـات المتفق عليها ومواد البنـاء المبينة في العقد، لكنه استخدمها على نحو مناف لقواعد الفن أي استخداما معيبا، فيكون العقار معيبا[1].

إن عدم المطابقة على هذا النحو، لا يمكن أن يثير سوى المسؤولية العقدية للمشيد، لأن الإخلال في هذه الحالة لا يترتب عليه أي ضرر مادي للمنشأة، وإنما عدم مطابقة الإنجاز لشروط العقد فحسب[2].

ويبدو أن المشـرع في المادة 553 من القانون المدني المقابلـة للمادة 650 من القانون المدني المصري لا يميـز بين عيوب البناء وعدم المطابقة عندما أجاز لرب العمل أن ينذر المقاول بأن يعدل عن طريقة التنفيذ إذا ثبت له أنه يقوم بالعمل على نحو معيب أو مناف للعقـد علـى الأقل مـن حيـث الجـزاء، وهـو نفسـه فـي الحالتين[3].

والجدير بالذكر، أن تنفيذ العمل بشكل معيب يتضمن بالضرورة حسـب رأينـا عدم مطابقـة هذا العمل لأصـــــول الصنعة وقواعد الفـــن، فلو روعيـت هـــــــذه القواعـــــــد لما كـــــــان العمـــــــل معيبا(عدم المطابقة بالمعنى الضيق).

أما إذا كان التنفيـذ لا يستجيـب لقيود العقد، فهذا يشكل إخلالا بالعقد (عدم المطابقة بالمعنى الواسع) حتــــــى و لو جاء العمــل سليما من العيـــــــوب، ومــع ذلك يكـــــــــــون المقـــــاول مسـؤولا فـــــــي

1- محمد المرسي زهرة،" الوضع القانوني للبائع – الباني"(دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي)، مرجع سابق، ص 181.

2- راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 266.

Voir aussi dans le même sens, Karila (J.-P), « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », op.cit., p.317, col.1.Voir par ex, Cass.civ3., 11 juil. 1990, Bull.civ.III, n 171 cité par : Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p. 437, note(25).

راجع كذلك في نفس المعنى، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 234. راجع أيضا، نفس المرجع، ص 29.

3- يتمثل هذا الجزاء في حق رب العمل في الخيار بين طلب فسخ العقد والتنفيذ العيني.

الحالتيـن وفقا لقواعد المسؤولية العقدية ما لم ينجم ضرر(خلل) جسيم عن ذلك، بمفهوم المادة 554 من ق.م.

ولما كان عدم المطابقة بالمعنى الضيق (مخالفة الأصول الفنية) في مجال البناء، يترتب عليـه تعيـب المبانـي وتهدمها، فإن عدم المطابقة للمواصفات العقدية(عدم المطابقة بالمعنى الواسع) لا يؤدي في الغالب إلى حدوث مثل هذه الأضرار، ولكـن هـذا لا يعنـى استبعاد نفس النتيجـة في كل الأحوال، إذ قد يترتب على عدم المطابقـة للمواصفات العقدية أحيانا ما يستدعي تطبيق قواعد الضمان العشري من أضرار.

لذلك ليس من السهل دائما التفرقة بين المفهومين، فعدم المطابقة يمكن أن يختلط أو يتقاطع مع عدم المطابقة لقواعد الفن الذي يحيلنا أصلا لفكرة عيب البناء من جهة، بينما الالتزام بالتسليم الذي هو تسليم عمل مطابق، يمكن أن يتفق بشكل كبير مع الالتزام بتسليم منشأة خالية من العيوب من جهة أخرى[1].

فعدم المطابقة لقواعد الفن هو في الوقت ذاته عيب في التشييد، لأن قواعد الفن « Les règles -de l'art » هي قواعد فن البناء «les règles de l'art de construire» ، وعدم المطابقة العقدية، لأن العقد يفترض احترام تلك القواعد، فالمسألة كما رأينا يقول المؤلف في غاية التعقيد، لأنه في النهاية، عدم المطابقة بالمعنى الضيق والدقيق « Le défaut de conformité pur et dur » غير موجودة عمليا أو بالأحرى لا يمكن إنقاص أحد هاذين الوجهين[2].

والمسؤوليـــــــــــة لعدم المطابقـة علـى الرغم من أنها رهيبـــــــــة جـــــــدا إلا أنها غيـر مغطـاة بوثيقـــــــــــــــــة

- -
- -

1- V. Karila (J.-P), « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », op.cit., p.313, col. 2.

2- V. Karila (J.-P), Ibid., p. 315, col.1.

تأميـ ـ ـ ـن المشيدين[1]، وقد قبل الاجتهاد القضائي للغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الشروط المحددة للمسؤولية على أساس عدم المطابقة للعقد[2].

ولكن، هل تتقادم دعوى المسؤولية الناجمة عن عدم المطابقة طبقا للقواعد العامة[3]؟

الفرع الثاني: الأثر المعفي للاستلام:

إن الأثر المعفي للاستلام يقتصر على عيوب البناء الظاهرة (**أولا**) دون العيوب الخفية (**ثانيا**)، و التي يظل المقاول ضامنا لها فترة معينة من الزمن بعد استلام المنشأة.

أولا- عيـوب البناء الظاهـرة أثنـاء الاستـلام:

إن هـ ـ ـ ـ ـ ـذه العيـ ـ ـ ـوب إما أن تكون محـ ـ ـ ـ ـل تحفظات أم لا، وبالتالـ ـ ـ ـي، فإن حكمها يختلف تبعا لذلك.

أ- العيوب الظاهرة غير المتحفظ عليها:

هذه العيوب لا يسـأل المقـاول عنها، لأنها تمحـى وتزال بمجـرد الاستـلام، ومن ثم يحرم رب العمل بشأنها من كـل دعوى ضد المشيد، و ذا الحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـل يؤيده الفقه فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي كل من فرنسا[4] ومصر[5]، وهو حـ ـ ـ ـ ـ ـ ـل ثابت كـ ـ ـ ـ ـذلك لدى القضاء الفرنسـ ـ ـ ـ ـ ـي وذلك منـ ـ ـ ـ ـ ـ ـذ قرار 8 جويليـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة 1975

- -

- -

1- Riom 2 juin 1988 : J.C.P. 89, éd. G, IV, 54 cité par : Liet- Veaux (G), Juris-classeur Construction- Fasc. 203-1, 1990, n 89, p.10.

2- Cass. Civ1., 20 déc. 1988 : J.C.P.89, éd. G, IV, 73 ; comm. : Rev. Dr. Imm. 1989, p. 216 cité par : Liet- Veaux (G), Juris-classeur, Construction- Fasc.203-1, 1990, n 89, p.10.

3- راجع لاحقا، ص 380 من هذه الأطروحة.

4- Karila (J.-P) , « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 12, col.1.

5- راجع على سبيل المثال، إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: عقد المقاولة (فقها و قضاء)، مرجع سابق، ص 51.- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 129.

بالنسبة لعيوب البناء، ومنذ قرار 20 جانفي 1982 بالنسبـة لنقائص المطابقة [1].

وعلى ذلك، فاستلام الأشغال دون تحفظات يغطي كذلك عيوب المطابقة الظاهرة[2] مثلما يغطـي العيوب الظاهرة[3]، غير أن هذا الأثر المعفي للاستلام يرد عليه استثناءان[4] كما سنرى لاحقا.

ويبرر جانب من الفقه في مصر عدم الضمان في هذه الحالة بأن رب العمل إما أنه قدر على الرغم من علمه بالعيب الظاهر عدم تأثيره على البناء بسبب عدم جسامة العيب، أو أنه نزل عن حقه في الرجـوع على المقـاول بالضمان[5]، ولعل هذا التبـرير الأخيـر يبدو أنه مناف للمنطق الذي يفترض عدم النـزول عـن الضمـان متـى كانت العيوب الظاهرة مؤثرة.

أما الفقه الفرنسي، فقد برر إعفاء المقاول من ضمانه للعيوب الظاهرة أثناء الاستلام استنادا إلى فكـرة التنـازل الضمنـي لرب العمل عـن حقـه في الضمان[6]، ولكن هذا التبرير يبدو أنه يستند إلى فكـ ـ ـ ـرة غيـ ـ ـر واقعيـ ـ ـ ـة نسبيا، لأننـ ـ ـا نفهم سلبا بأن غيـاب التحفظات من طرف رب العمل يعنـي أن هذا الأخيـر رضـي أن يتسلم

عمـلا غيـر كامل، والحقيقة جد بسيطة، هي أن رب العمل لا تكون له عند الاستلام نظرة عامة حول ما يجب أن يراه وما كان ظاهرا، ومن باب أولى إذا تم القبول، فهذا يعد إذن تقصيرا، يجب مجازاته [7].

1- Karila(J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op. cit., p. 12, col.2.

2- Voir par exemple, Cass. civ3, 20 janv1982, Bull.civ.III, n20 cité par : Huet (J), op.cit., p. 1348, note (114). Voir aussi, Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 192, note(1).

3- Cass. Civ3., 17 fév. 1988 : Gaz. Pal. 1988, 1, pan. Jur. 99 cité par : Liet-veaux(G), J.cl Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 87, p.10.

4- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 80.

5- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 152.

6- Jean Carbonnier, "Effet de la réception des travaux sur la responsabilité des constructeurs du bâtiment quant aux menus ouvrages », R.T.D.C., 1958, p.272.

7- V. Huet (J), op.cit., p.1348.

وعليـه، إذا لم يكتشـف رب العمل هذه العيـوب بسبب تقصيـر أو إهمـال من جانبه في بذل العناية اللازمة في فحص البناء عند تسلمه، فإنه يتحمل نتائـــج هذا التقصيـــر [1]، لكـــونه مهمـــلا [2]، ويكون خير جزاء على هذا الإهمال هو سقوط حقه في الرجوع على المقاول بالضمان [3]، ومع ذلك يمكـن لرب العمـل أن يرجـع علـى مهندسـه المعمـاري إذا كان هذا الأخيـر لم ينبهـه إلـى عواقب عدم إبداء التحفظات [4].

وقد كان قانون الترقية العقارية السابق رقم: 86-07 الملغى يحمل المكتتب بإحدى عمليات الترقية العقارية المسؤولية عن العيوب الظاهرة التي تشتمل عليها العمارة طوال ثلاثة أشهر من يوم استلام المرشح للملكيـة للعمارة. ويلتزم المكتتب نفسـه بإصـلاح

العيـب الظاهر فـي المبنـى وذلك خـلال آجـال معقولـة وإلا كـان للمترشح الخيار بين فسخ العقد وتخفيض الثمن[5].

ويقصد بالعيوب الظاهرة حسب المادة 39 من نفس القانون هي تلك النقائص الملاحظة في تشييد العمارة خلال المدة المحددة للضمان، والتي لا يمكن أن يعفى المكتتب منها قبل انقضاء تلك المدة.

ولكن متى يكون العيب ظـاهرا؟

1- معيـار الظهور:

يكون العيب ظاهرا إذا كان معلوما لرب العمل أو كان من الوضـوح بحيث يستطيع هذا الأخير اكتشافـه لمجرد الفحص البسيط، أي لا يخفـى على من فـي مستـواه الفنـي لو أنـه بذل في

1- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 152.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 78.

3- نفس المرجع، ص 79.

4- راجع على سبيل المثال بخصوص مسؤولية مهندس معماري: Cass.civ3, 10 oct. 1991, Bull.civ.III, n 250

5- راجع المادة 39 من قانون رقم: 86-07 مؤرخ في: 4 مارس 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ملغى، مذكور آنفا.

فحص المنشـأة عنايـة الرجـل العادي[1].

ومن البداهة أن ظهور العيب أو عدم المطابقة يجب تقديـره بالنظـر إلى رب العمل المفتـرض فيـه الجهالـة أو عـدم الخبـرة بفـن البنـاء حتـى ولو تعلـق الأمر بمهنـي عقـار[2] الذي قد لا تفتـرض فيـه الكفاءة التقنية[3].

ويشمل الضرر الظاهر في المقام الأول الأضرار الناتجـــــــــة عن العيـب فـــــــي تشييـــــــد المنشأة كـما يشمـل كذلك الأضرار الناتجة عن عيب المطابقة[4]، وفـي كلتـا الحالتيـن كـان القضاء الفرنسـي يظهر دائما ميله للتصور الضيق لمفهوم الضرر الظاهر، فلا يقر ذلك إلا إذا كانت جميع خصوصيات الضرر ظاهرة سواء من حيث أسبابه ونتائجه[5].

2- التخفيف من المبدأ:

يمكـن اعتبـار العيـب خفيـا أي غير ظاهر إذا لم يظهر مـن حيـث حجمـه و آثاره إلا فـي وقت لاحـق للاستـلام[6].

1- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 152.

2- CA Paris 19e ch. A 31 janvier 1996 cité par : Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 12, col 2.

3- Cass.civ3, 13 janvier 1982, Bull. civ, III, n 14 ; 21 fév 1984, Bull.civ, III, n 44 cités par : Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », Ibid., p. 12, col.2.

كما قضي كذلك بأن الممول العقاري على الرغم من اتصال نشاطه بأعمال البناء إلا أنه لا يعتبر فنيا، ولا تفترض فيه الخبرة بفن البناء، بل يجب إثباتها في كل حالة على حدة، لأن مركزه أقرب ما يكون إلى مركز البائع أو رجل الأعمال منه إلى المهندس أو المقاول. راجع، حكمين مذكورين في: محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 243، هامش رقم: (565).

4- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 26.

5- Ibid., 26.

راجع أيضا في هذا الاتجاه القضائي، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 129.

6- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 26.

وهكذا، فقد خفف القضاء من مفهـوم الأثـر المعفـي للاستـلام بمناسبة إقامتـه للتفرقـة بين ظهور العيـب وآثـاره، وقبـل دعوى رب العمل الذي لم يبـد أي تحفظ

على الخلال والعيوب الظاهرة بحجة أن تأثير هذه العيوب لا يظهر إلا في وقت لاحق للاستلام(1).

وينفي القضاء أحيانا، الطابع الظاهر للعيب بحجـــــة عدم إمكــــــان تحـــــديده إلا عن طريـق الخبـرة(2).

وهنـاك وسيلة أخرى تجنبنا تكرر المبدأ، على اعتبار أن ظهور الضرر يقدر ليس بالرجوع لصاحب العمل الذي يعلن الاستلام بناء على الوكالة الممنوحة له من طرف رب العمل، ولكن بالنظر إلى هذا الأخير(3).

كما يعتبر القضاء الفرنسي الحديث العيب خفيا، أي غير ظاهر إذا لم يظهر من حيث حجمـه وآثـاره إلا فـي وقت لاحـق للاستلام(4)، بل وقد ذهبت بعض أحكام هذا القضاء قديما إلى حـــــد القـــــــول بأن كـل عيب لا يتـــــم التحفــــــظ عليه يعتبر خفيا(5)، وحتـــى يغطيـه الاستـلام يجـــــب

1- Cass.civ3, 27 avril 1977, Bull.Cass. III, n 178, p. 138 ; 15 oct 1980, Gaz.Pal.1981, 1, pan. P.35 ; 2 oct 1980, Bull.cass.III, n141 cités par : Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p.12, col.2.

Voir aussi dans le même sens, Civ.3, 20 déc. 1977, Bull.civ.III, n 454 ; 28 fév. 2001, Bull.civ.III, n 123 cités par : Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 116, note(2).

2- Cass.civ1, 17 juillet 1964, Bull. Cvi., I, n 395, p. 307 ; Cass. civ3, 3 nov. 1983, Gaz Pal. 1984, 2, jur. p. 577, note G.Liet-Veaux cités par : Karila(J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p.12 col 2, note(15).

3- Karila (J-P), Ibid, pp. 12, 13, col. 2-1.

4- Cass.civ3., 12 oct. 1994 : Bull. civ. III, n72; 28 fév.1996, RDI 1996, p. 217, obs.Ph.Malinvaud et B. Boubli; 18 déc.2001, RDI 2002, p. 150; 3déc. 2002, RDI 2003, p. 184 cités par : Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph) op.cit., p.116, note(3).
5- Req. 27 février 1929, Sirey. 1929-1-297.

علـى المشيد أن يثبـت علـم رب العمل به.

وبمعنى آخر، لكـي يعفـى المقـاول من المسؤوليـة عن العيب الظاهر، يجـب أن يثبـت علـم رب العمـل بالعيب أو تقصيره في معاينة البناء وعدم بذل العناية اللازمة في فحصه.

ولكن إذا ثبت أن المقاول قد تعمـد إخفاء العيب، فإن التزامه بالضمان لا يسقط بمجرد الاستلام أو بانقضاء المدة العشرية، بل يظـل التزامـه بالضمان قائما المدة الطويلة، لأنه يسـأل فـي هـذه الحالـة وفقـا لقواعـد المسؤوليـة التقصيرية[1].

ب- العيـوب الظاهـرة محل التحفظات:

في هذه الحالة لا يتضمن الاستلام المصادقة الكاملـة علـى الأشغـال[2]، والتحفظـات المعلـن عنـــــــها تتعلـق خاصة بعيـوب فـــــي العمـــــــــل وعدم الإتقان، وكـــــــــل نقص آخــــــر ملاحـــــظ، وكـــــــذلك عـــــــدم تنفيـذ الخدمـات المنصـوص عليها في الصفقة[3].

وغالبا ما يتم تدوين أو تسجيل التحفظات التي يتم إبداؤها حول مختلف النقائص الملاحظة في محضر يسمى محضـر الاستـلام المؤقـت يتـم إعـداده لهذا الغرض، وذلك بحضـور المقـــاول المنفـــــذ من جهـة، و رب العمـل والمهندس المعماري من جهــــــــة أخرى، فضلا عن المراقب الفنـــــــــي.

ومن تاريخ التوقيع على هذا المحضر، يبـدأ ضمـان الإنجـاز علـى الوجـه الأكمـل Garantie de parachèvement في السريان، ويلتـزم المقاول بإصـلاح العيوب

والنقائص المسجلة في المحضـ ـ ـر والعمل علـى إزالتها، طالما أن الاستـ ـ ـلام يهدف انطـ ـ ـلاقا من التعريف المقـ ـ ـ ـ ـ ـدم له إلـ ـ ـ ـ ـ ـى

\- -

1- راجع حول هذه المسألة، فؤاد كامل، مرجع سابق، ص ص 48، 49.

2- V. Huet(J), op.cit., p.1347.

3- راجع المادة 10 نطة 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

التأكـد من سلامة المنشأة، الأمر الذي يفرض على المقاول تبعا لذلك إصلاح الأعمال التي أخطر بأنها غير مطابقة أثناء الاستلام[1].

ومن أجل محو النقائص محـل التحفظـات، نظـم المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 130 فقرة أولى منـ ـ ـ ـ ـ ـه، تقنيـة خاصة تسمى كفالة حسن التنفيذ Garantie de bonne exécution واقتطاعات حسن التنفيذ بالنسبة لبعض صفقات الدراسات أو الخدمات[2]، حيـث تتخـذ هذه الاقتطاعات مـن تسديـد الثمـن كوسيلـة ضغـط لتحقيق ذلك[3].

ولكن بعض العيوب قد لا تظهر إلا بعد سنة من الاستلام، وبالتالي فإنها لا تغطى بواسطة ضمان الإنجاز على الوجه الأكمل، ومع ذلك يمكـن التعويض عنها استنـادا إلـى قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام التي تثقـل من تم تكليفه بتنفيذ الأشغـال[4].

ثانيا- العيـوب الخفيـة:

إذا كان الاستلام يقتصر أثره على إعفاء المقاول من ضمان العيوب الظاهرة في المنشأة إذا لم تكن محل تحفظات، فمعنى هذا أن المقاول لا يعفى من المسؤوليـة إذا كانت العيـوب خفيـة وقت الاستلام، ولكن ما هو العيب الخفي؟

يكون العيب خفيـا إذا لم يكـــــــن في استطاعة رب العمل ملاحظته عنـــــــد الاستلام، ويغلب ألا

يظهـر العيب الخفي إلا بعد فترة معينة من استلام المبنى، ولذلك، فإن أساس الضمان فـــي هذه

1- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p.193.

2- راجع المادة 132 فقرة أولى بالنسبة لاقتطاعات حسن التنفيذ، والمادة 132 فقرة 2 بالنسبة لاقتطاع الضمان من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

3- Huet(J), op.cit., p.1347.

4- وذلك طبقا للمادة 176 من ق.م المقابلة للمادة 1147 من ق.م.ف، وهذا الحل تم تكريسه من طرف القضاء الفرنسي بسبب قصور أحكام الضمان العشري عن تغطية كافة الأضرار اللاحقة بالمنشأة كما سنرى لاحقا في الصفحة 369 من هذه الأطروحة.

الحالة هو كـون العيــــب خفيا أي غيـر ظـاهر، إذ لا يمكـن لرب العمل اكتشافـه حتى لو بذل من

العنايـة في فحص البنـاء وقت تسلمـه ما يبذلـه الرجل العادي.

وهكذا، فإن العيب الخفـي هو ذلك العيـب الذي لا يكون فـي استطاعـة رب العمل(صاحب البناء) اكتشافـه وقـت الاستـلام، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفيـة مع فارق في مدة الضمان إذ جعلها القانون في حالة خلل البناء مدة عشر سنين كاملة[1]، لذلك لا يمكن حرمان رب العمل من حقه في الرجوع على المقاول لمجرد أنه استلم العمل(البناء) دون اعتراض على ما به من عيوب خفية[2].

ويبرر البعض هذا الحكم بأن رب العمل لو كان على علم بما يوجد في المـبنـى من عيـوب مؤثرة، فلاشك أنه سيرفض الاستلام أو يعلن على الأقل عن قبوله مع تحفظات[3].

وعلى ذلك، فإن الفقه والقضاء يجمعان على فكرة عـدم إعفاء المقـاول من الالتزام بضمـان العيـوب الخفيـة لمجـرد الاستـلام، وفي هذا المعنى، استقـر قضاء محكمة النقض المصـرية بأن " استـلام البنـاء بحالته الظاهرة ليس من شأنه إعفاء المقاول أو المهندس من مسؤوليته عن ضمان العيوب الخفية ولو كان الاستلام نهائيا.."[4].

يتضح من أحكام محكمة النقض المصرية أن الاستلام ولو كان نهائيا لا يعفـي المقـاول أو المهندس المعمـاري إلا من ضمـان العيوب الظاهرة بالمبنى، وبالتالي يشتـرط فـي العيب لكي يضمنه المقاول أن يكـــــــون خفيا[5]، بحـــــــيث لا يستطيـــــع صاحب البنــــــاء اكتشافـــــه وقت التـــــــسلم

1- مصطفى أبو علم، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الرابع، أكتوبر- ديسمبر 1958، ص 28.

2- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 153.

3- راجع في معنى قريب، محمد لبيب شنب، نفس المرجع، ص 165. راجع في نفس المعنى كذلك، محمد ناجي ياقوت مرجع سابق، ص 106.

4- إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: المقاولة (فقها وقضاء)، مرجع سابق، ص 53.

5- إبراهيم سيد أحمد، نفس المرجع، ص 51.

ويؤكد القضاء الفرنسي من جانبه على الطابـع الخفـي للعيـب حتى يمكـن أن يسأل عنه المهندس المعماري أو المقـاول سـواء كـان سببـا لقيـام الضمان العشـري أو المسؤوليـة العقديـة للقانـون العام[1].

ومع ذلك، إذا قصر رب العمل في فحص المبنى أي إذا لم يبذل في فحص المنشأة ومعاينتها عناية الرجل العادي، فإن حقه في الضمان يسقط لاسيما إذا كان من ذوي الخبرة والتخصص.

والواقع أنه لا يمكن لرب العمل كشف العيب الخفي ولو بذل في فحص المبنى عناية الرجل العادي، وهذا ما يبرر في الحقيقة قيام ضمان المقاول للعيوب الخفية، فضلا عن عدم تقبل رب العمل للأشغال إذا كان تنفيذها معيبا، أو احتفاظه على الأقل بحقه في الرجوع على المقاول بالضمان[2] بإبدائه للتحفظات.

ولا يكفي أن يكون العيب خفيا، بل يشترط فيه القدم أيضا، أي أن يكون العيب موجودا في البناء وقت معاينته من رب العمل وإقراره له، أو يكون مصدره على الأقل موجودا في ذلك الوقت، و من ثم، فإن العيوب التي تطرأ بعد الاستلام لا يضمنها المقاول[3] طبقا للقواعد العامة في عقد المقاولة.

وفي هذا الصدد يرى الفقه الغالب في مصر بضرورة التزام المقاول بضمان هذه العيوب المدة المعقولة التي يحددها عرف الصنعة أو الحرفة، غير أن جانب من الفقه اعترض على هذا الرأي[1].

1- Cet arrêt vise expressément, « la responsabilité…en raison des vices cachés » cité par : Boubli(B), Commentaire de l'arrêt du 11juin 1981, Rev.Dr.Immob., Janvier-Mars. 1982, op.cit., p. 4, col.1.

يمكن الاستدلال على ذلك بقرار محكمة النقض الصادر في: 1981/6/11 الذي أشار صراحة بأن" المسؤولية...بسبب العيوب الخفية في البناء".

2- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 106.

3- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 153.

وإذا كان المهندس المعماري ملزم بالحضور إلى جانب رب العمل وتقديم المساعدة له عند استلام الأشغال، فهل يسأل عن تقصيره في فحص المنشأة وإظهار التحفظات الواجب الإدلاء بها؟

لقد تم التصريح بمسؤولية مهندس معماري الذي أمضى محاضر الاستلام دون أن يتحرى من أن بعض النقائص الملاحظة كان يجب إصلاحها[2]، ولكن إذا أخذ رب العمل على عاتقه مسؤولية توقيع المحاضر، فإن مسؤولية المهندس المعماري تستبعد بصفة كاملة، كما إذا سوى خلافا مع المقاولين[3].

وقد أقر القضاء الإداري الفرنسي في هذا المجال نفس الحلول، حيث أقر مسؤولية المهندسين المعماريين الذين لم يلفتوا انتباه رب العمل إلى العيوب التي من طبيعتها أن تشكل عائقا أمام الاستلام النهائي دون تحفظات[4].

1- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 154.

2- Cass. civ. 17 fév. 1982 : Bull. civ. III, n. 49 ; Qut. Jur. 19 oct. 1982, p. 9 cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl, construction, Fasc.202, 1984, n 169, p. 17.

3- Cass. Civ. 19 mars 1952 : A.J.T. 1952, n. 752, p. 478 cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 170, p. 17.

4- Cons. D'Etat, 7 janv. 1983, Office public d'H.L.M. de Meurthe et Moselle, req. N. 18863 cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 172, p. 17.

الفصل الثاني:

المسؤولية التعاقدية للمقاول والمهندس المعماري عن الأضرار التي تلحق المنشأة أثناء سير الأشغال:

كثيرة هي الأضرار التي تحدث قبل الاستلام أي خلال فترة إنجاز الأشغال، إذ تشكل الورشة في الواقع خطرا ليس بالنسبة لرب العمل فقط، بل بالنسبة للغير أيضا[1]. فحسب القانون المدني، فإن نفس الخطأ (غياب جهاز السلامة) يمكن أن يكون تقصيريا تجاه الغير المضرور، وتعاقديا تجاه رب العمل[2].

وهكذا عندما يصيب الضرر رب العمل، فإن الوضع يختلف، فتكون المسؤولية إذن من طبيعة تعاقدية، لأنها تجد مصدرها في التنفيذ السيئ أو عدم تنفيذ الالتزامات التي يتحملها المهندس المعماري أو المقاول تجاهه في العقد[3].

إنه مما لا شك فيه، أن مسؤولية كل متدخل خلال سير الأشغال، وبما أن الاستلام لم يحصل بعد، لا يمكن أن تكون سوى مسؤولية تعاقدية للقانون العام[4]، وعلى ذلك، فإن النقائص التي تلحق البناء قبل انتهاء الإنجاز كالانهيار الجزئي مثلا لا يمكن أن تثير إلا المسؤولية التعاقدية للقانون العام[5]، والتي يمكن أن يصاحبها فسخ الصفقة[6].

ونفس الشيء فـ ـي مجـ ـ ـ ـال القانون العام(الإداري)، فصاحب الصفقة(المقاول) يكـ ـ ـ ـون مسـ ـ ـؤولا

1- Périnet-Marquet (H), op.cit., p. 15.

2- Cass. civ1, 31 janv. 1969 : Bull. civ. III, n. 99 cité par : Liet-veaux(G), Juris-Classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n. 27, p. 5.

3- Saint – Alary (R), op.cit., p. 112.

4- Périnet-Marquet (H), op.cit., p. 15.- En ce sens, Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 189.

5- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 189.- Voir aussi, Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 852.- Le touneau (ph), op.cit., p. 471.

6- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 852.

تعاقديا عن الأضرار الناشئة للمنشأة قبل استلامها[1].

وبالتالي، فإن رجوع رب العمل على المقاول أو المهندس المعماري بدعوى الضمان العشري قبـــل الاستلام النهائـــي للأشغال يكـــون علـــى حد قول البعض أمرا سابقا لأوانه [2]، علما بأن " العمل يجب اعتباره من الناحية القانونية غير مكتمل وتام إذا لم يتم تسلمه بصفة نهاية"[3].

ولما كانت المسؤولية التعاقدية عن الأضرار التي تلحق المنشأة قبل الاستلام تقع في الغالب على عاتق المقاول أو المهندس المعماري، فإننا سوف نقصر دراسة هذه المسؤولية عليهما فقط دون باقـــي المتدخليـــن، مبرزين حالات وحـــدود مسؤولية كل منهما علـــى حـــدة ونظام المسؤولية العقدية عن سوء تنفيذ الأشغال قبل الاستلام، لكي يتجلى لنا في الأخير مدى كفاية قواعد هذه المسؤولية في حماية رب العمل باعتباره الرجل العادي الجاهل بأصول فن البناء، وذلك على التفصيل الآتي:

يتناول **المبحث الأول:** حالات المسؤولية التعاقدية للمقاول والمهندس المعماري عن سوء تنفيذ الأشغال قبل الاستلام، أما **المبحث الثاني** فيتناول**،** النظام القانوني لهذه المسؤولية.

1- CAA Nancy, 31 janvier 2002, SA Brocad cité par: « Responsabilité des constructeurs envers les collectivités locales », p.1, publié sur le site suivant : http://www.mairieconseils.net/cs/BlobServer?blobkey=id&blobnocache=true&blobwhere=1250168281357&blobheader=application%2Fpdf&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 29.

3 – V. Caston(A), « Une curiosité juridique : le chantier juridiquement en cours », Article précité.

المبحث الأول:

المسؤولية التعاقدية للمقاول والمهندس المعماري عن سوء تنفيذ الأشغال قبل الاستلام

يسأل المقاول والمهندس المعماري قبل استلام الأعمال وفقا لقواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية متى ثبت إخلال أي منهما بالتزاماته(1). ولا نتعرض هنا للمسؤولية التقصيرية للمقاول أو المهندس المعماري في مواجهة رب العمل، نظرا لارتباط هذا الأخير مع كل واحد منهما بعقد.

ومما لا ريب فيه، أن المسؤولية العقدية لا تنشأ في حالة عدم تنفيذ المشيد لالتزاماته فحسب، فيسأل عندئذ مسؤولية عقدية ما لم يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي، بل تتحقق المسؤولية العقدية للمشيد أيضا في حالة تنفيذه للعمل المتعهد به، ولكن ليس النحو المحدد في العقد، أو في القوانين و الأعراف التي استقر عليها العمل في مجال البناء.

كما تتحقق المسؤولية العقدية للمشيد في حالة تأخيره في تنفيذ الأشغال، غير أن هذه الحالة الأخيرة، تخرج من نطاق دراستنا، كما تخرج الحالة الأولى من نطاق هذه الدراسة أيضا وبالتالي، فإن موضوع البحث الحالي يقتصر على المسؤولية عن التنفيذ المعيب أو السيئ للمنشأة فقط، ومن ثم، فهل نلقي بالمسؤولية على عاتق المقاول المنفذ للأشغال أو المهندس المعماري الذي

تعهد بوضع التصميم وأشرف على التنفيذ؟ وهل يمكن الإلقاء بالمسؤولية في هذه الحالة على عاتق أعضاء الرقابة الفنية (التقنية)[2].

فمجرد ظهور العيب في البناء يشكل في حد ذاته خطأ، بمعنى أن خلل البناء يعد قرينة على وقوع خطأ ما سواء من المقاول أو المهندس المعماري فـــــي إنجــاز الأشغال، ومن ثــــــــم، فإن

1- راجع حالات المسؤولية التقصيرية للمقاول والمهندس المعماري تجـــــــاه رب العمل، فؤاد كامل، مرجـــــــــــع سابق، ص 46 وما بعدها.

2- Voir en ce sens, http://www.vitaminedz.com/tlemcen-malfacons-dans-les-batiments-a-qui-incombe-la-res/Articles_15688_92756_31_1.html Consulté le: 04/10/2013.

محور المسؤولية التعاقدية للمشيدين يدور حول الخطأ التشييدي، أو مايعرف بالخطأ المعماري.

والخطأ في البناء يعني بصورة مباشرة، العيب في المناعة وليس العيب الموجب للضمان الخاص كما سنرى[1]، أي أنه الخطأ الناتج عن عدم احترام شروط العقد أو قواعد الفن، ويكفي عدم مراعاة الأعراف المهنية للرجوع بالمسؤولية التعاقدية إذا ما نجـــــــــم عن ذلك ضرر[2]. ولا يشترط في الضرر هنا أية ميزة خاصة، وإنما يكفي وقوع الضرر أيا كان نوعه للمطالبة بالتعويض، وهذا خلافا للضرر في دعوى الضمان الخاص[3].

والجدير بالذكر، أن صور هذا الإخلال أي الخطأ في التشييد تختلف وتتنوع تبعا للالتزام الذي تمت مخالفته، كما تتحدد المسؤولية تبعا لذلك أيضا، فمثلا الخطأ في تصميم الأشغال يستوجب مساءلة المهندس المعماري الذي قام بوضع التصميم، بينما يثير الخطأ في التنفيذ بالضرورة مسؤولية المقاول، لذلك يجب البحث في المسؤولية من خلال البحـــث فــــــــي أسباب الحــــــــادث (انهيار البناء مثلا) لا في ظروفه المادية[4].

كما تجدر الإشارة أيضا، أنه على الرغم من ارتباط كلا من المقاول والمهندس المعماري مع رب العمل بعقد منفصل عن الآخر إلا أن مسؤولية كل منهما لا يمكن تقديرها في الغالب بمعزل عن مسؤولية الآخر، وذلك نظرا للارتباط الشديد بيـن مهمة كل منهما من الناحيـــــــــــة العمليــــــــــــة[5]، وتعبيرا عن هذا المعنى، قال الفقيه مازو،" إذا كان لا يوجد في الحقيقة بيـــــــن المهندس المعماري والمقاول روابط قانونية إلا أن اجتماعهما على نفس العمل ينشىء بينهما روابط من الواقع، وثيقـــــــة الصلة، لا يمكـــــــن للقانون أن يتجاهلها"[6]، وفـــــــــي هذا الإطـــــــار إذا كان

1- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 94.

2- نفس المرجع والصفحة.

3- نفس المرجع والصفحة.

4- نفس المرجع، ص 97.

5- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 113.

6- Mazeaud (H et L, J), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contr

المهندس المعماري مدعوا لإعطاء الأوامر للمقاول، فهذا في إطار العلاقات العضوية التي تنشئ حزمة عقود تربط بين المشيدين[1].

وإجمالا، تتحقق المسؤولية التعاقدية للمقاول أو المهندس المعماري إذا قصر أو أهمل في تنفيذ التزاماته، أو خالف مضمون العقد، أو لم يتقيد بالأصول والقواعد الفنية المتعارف عليها[2] كما أن عدم المطابقة قد يثير مسؤولية المشيدين في حالة عدم تقبل رب العمل لمثل هذا التغيير(عدم المطابقة للعقد)[3]، بشرط ألا يترتب على عدم المطابقة ما يستوجب تطبيق الضمان العشري من أضرار.

إن نظام هذه المسؤولية متنوع[4]، لذا يجب تحديد نطاق هذه المسؤولية بالنسبة للمقاول(**المطلب الأول**) والمهندس المعماري(**المطلب الثاني**) على حدة.

- -

- -

- actuelle, op.cit., p. 88.

1- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 516.

2- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 95.

3- Liet-veaux(G), Juris- classeurs, Construction Fasc.203-1, 1990, n. 64, p. 9.

4- Périnet- Marquet (H), op.cit., p.15.

المطلب الأول:

حدود المسؤولية العقدية للمقاول عن عيوب البناء

في البداية يجب أن نشير إلى أن مسؤولية المقاول عن عيوب البناء ليست من طبيعة واحدة، فقد تكون تعاقدية أو تقصيرية، كما قد تكون هذه العيوب سببا موجبا لمسؤوليته العشرية.

وقد سلف القـــــــول، أن المقاول إنمـــــــا يتـــــــعهد بتشييـــــد منشأة وفقا لشروط العقد وقواعد الفن ومعنـــــــى هذا، أنه ملزم

تجـــــــــــــــاه رب العمل بضمان سلامة البناء الذي قام بتشييده من العيوب وهو التزام لا يثقل كاهله أثناء الإنجاز فحسب، بل يمتد أيضا إلى ما بعد الانتهاء من الإنجاز واستلام رب العمل للمنشأة ، وفي هذا السياق تقول Joël Fosseraux بأن وضع المقاول واحد قبل كما بعد الاستلام[1]، أي أنه ملزم بضمان الأخطاء والنقائص التي يمكن أن تنتجـــــــــم خلال الإنجـــــــــاز أو بعد استلام المنشأة مهما كان نوع العقد(بناء أو مقاولة)، ولكن يبقى هناك اختلاف جدري بين نوعي الضمان، وذلك من نواحي كثيرة .

ومن الأهمية بمكان، أن المقاول يسأل عن عيوب البناء سواء كان سببها راجعا إلى عدم مراعاة بنود العقد (الاشتراطات التعاقدية)، أو مخالفة قواعد الفن وأعراف المهنة(الصنعة)، أو قوانين تنظيم البناء والعمران، فضلا عن التقصير في واجب الإعلام وإبداء الرأي.

فضمان المقاول لا يقوم إلا عن العيب في البناء[2]، طالما أن دوره يتمثل في التنفيذ المادي للأشغال.

ويكون البنـــــــاء معيبا إذا كان غير مطابق للمواصفات المتفق عليها أو غير متفق مع قواعد الفن، وبالتالي يضمن المقاول عيوب عمله[3].

1- Le « clair-obscur » de la responsabilité des constructeurs, op.cit., p. 23.

2- إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: عقد المقاولة (فقها وقضاء) ، مرجع سابق، ص 51.

3- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 149.

وعليه، تتحقق مسؤولية المقاول إذا كان البناء غير مطابق للمواصفات التعاقدية أو للقواعد الفنية[1]، حيث يتم عادة التأكد من مطابقة العمل لشروط العقد وقواعد الفن عنـــــــد استلام البنـــــاء[2]، ومن هذا الوقت يكون لرب العمل أن يبدي

تحفظاته فـــــي محضر الاستـــــلام علـــــــــى ما يبدو له غير مطابق لما تضمنته الصفقة[3].

وتجدر الملاحظة، أن المقاول يكون مسؤولا عن عيوب الصنعة سواء كان هو من قام شخصيا بالتنفيذ أو أوكل تنفيذ الأشغال إلى غيره[4] إذا لم يرد في العقد شرط يمنعه من أن يقاول من الباطن أو تفترض طبيعة الالتزام (العمل) الاعتماد على كفاءته الشخصية[5].

وإذا كان نطاق مسؤولية المقاول يقتصر على عيوب التنفيذ، فإنه يسأل أحيانا عن عيوب التصميم أو التربة والمواد، وهذا ما سوف نوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: مسـؤولية المقـاول عـن عيـوب التنفيـذ: (الأصـل العـام)

لا يسأل المقاول كما أسلفنا القول إلا عن العيوب الناشئة عن أخطائه في التنفيذ دون العيوب التي ترجع إلى التصميم[6]. وعلى ذلك، إذا ثبت للمهندس المعماري وجود فساد في أشغال البناء أو مجرد شك فحسب، جاز له أن يصدر أمر مصلحة بالخراب (الإتلاف)، أو الهدم وإعادة بناء الأشغال أو أقسام الأشغال المضنون فسادها[7].

وهكـــــــــذا، فإن ســــــــوء تنفيـــــــذ الأشغـــــال يتحـــــمل مسؤوليتـه المقـاول وليـس المهنـدس المعمـــــــــاري

1- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 149.

2- محمد لبيب شنب، نفس المرجع، ص ص، 151،152. راجع كذلك، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 78.

3- Dominique Lefebvre, op.cit., p. 19.

4- Cass. Civ3., 13 mars 1993, Bull. civ3, n 91 cité par : Périnet-Marquet(H), op.cit., p.11.

5- راجع المادة 564 من ق.م.

6- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 120.

7- راجع المادة 26 مقطع 1 من قرار مؤرخ في: 1964/11/21، يتضمن المصادقـــــة على دفتــــــــــــر الشروط الإدارية العامـــــــــــــة مذكور سابقا.

كقاعـدة عامة.

وعليه، إذا ثبت للمهندس المشرف على التنفيذ أن الأعمال قد تم تنفيذها على نحـــــــو معيب جاز له إذا اقتضى الأمر أن يأمر بالهدم وإعادة البناء[1]، أو يكتفي بإصلاح النقائص الموجودة، وإذا امتنع المقاول عن القيام بذلك، أجريت العملية بحضوره أو بعد دعوته لذلك رسميا[2]، على أن يتحمل المقاول نفقاتها دون الإخلال بحق الدولة في طلب التعويض[3].

وبالرجوع للمادة 553 من ق.م، يتضح بأن جزاء امتناع المقاول عن الرجوع إلى طريقة التنفيذ الصحيحة أو إصلاح ما تم تنفيذه من أعمال بطريقة خاطئة متى كان ذلك ممكنا، بعد إنذار رب العمل له ومنحه أجلا للقيام بذلك، هو إما طلب فسخ العقد أو القيام بالتنفيذ بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول المخل بالتزاماته، غير أنه يجوز طلب فسخ عقد المقاولة في الحال دون حاجة إلى إعذار إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا[4].

ولكن إذا قام المقاول بوضع التصميم إلى جانب دوره الأساسي المتمثل في التنفيذ، وهو البناء كان مسؤولا عن تهدم البناء أو عن عيوبه بوصفه مقاولا ومهندسا معماريا في آن واحد[5]، غير أنه يجب في هذه الحالة إسناد مهمة الرقابة على التنفيذ إلى شخص آخر.

وعموما، يسأل المقاول عن عيوب التنفيذ، إما لإخلاله بالعقد(**أولا**)، أو لمخالفته قواعد الفن(**ب**)، أو عدم مراعاته النصوص التنظيمية للبناء(**ج**).

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 324.

2- راجــــع المادة 26 مقطع 2 من قرار مؤرخ فـــــــــــــــــــي: 1964/11/21، يتضمن المصادقة على دفتــــــــــر الشروط الإدارية العامة مذكور سابقا.

3- راجع المادة 26 مقطع 3 من نفس القرار.

4- إن إصلاح ما تم تنفيذه من الأشغال بطريقة مخالفة لشروط العقد وقواعد الفن يكون دائما ممكنا، خاصة إذا لم تمض على عملية التنفيذ فترة طويلة من الزمن، بل يكون ذلك ممكنا حتى ولو تطلب هذا الإصلاح هدم ما تم معيبا من الأعمال.

5- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 153. وإن كان المؤلف يتحدث هنا عن الضمان العشري، لكن هذا الحكم ينطبق أيضا على الخلل أو التهدم الحاصل أثناء البناء. راجع في نفس المعنى، أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 57.

أولا- مخالفة مضمون العقد:

يتعين على المقاول أن يقوم بتنفيذ الأشغال طبقا لشروط العقـــــــــد تحـــــت طائلة المسؤوليـــــــة[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 29 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي قررت صراحة بأن المقاول يكون ملزم بالبناء في ظل احترام الاحتياجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع في شكل بنود تعاقدية وإلا كان مسؤولا عن تنفيذها غير المطابق[2]، وقد نصت على نفس الحكم المادة 553 فقرة أولى من ق.م عندما أوجبت على المقاول أن يكون تنفيذه للعمل المتعهد به غير مناف لشروط العقد.

ويكون المقاول مخلا بتنفيذ التزامه إذا لم يتقيد بطريقة التنفيذ المحددة في العقد، أو استخدم في التنفيذ موادا لا تتوافر فيها المواصفات المطلوبة، أو أساء استخدام هذه المواد أو لم يراع في استخدمها الأساليب المبينة في المقايسة الوصفية.

وتجدر الإشارة، أن عدم المطابقة للمواصفات العقدية يرجع في كثير من الأحيان إلى استعمال مواد ليست بالجودة المتفق عليها، مما يترتب عنه ظهور عيوب في البناء، غير أن هذه العيوب لا تكتسي في الغالب حدا من الجسامة، وبالتالي لا يكون أمام رب العمل سوى الرجوع على المقاول أو المهندس المعماري طبقا لقواعد المسؤولية العقدية[3]، فنظرية عدم المطابقة لا تخص إلا الخروق الخفية للعقد وليس الخروق الظاهرة عند الاستلام[4].

1- نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 44، محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص149، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 77.

2- راجع المادة 108 فقرة 2 والمادة 147 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

3- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 110.

4- V. Liet-Veaux(G), Juris-classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n. 64, p. 9.

وهكذا، فإن دعوى المسؤولية العقدية تؤدي دورا تكميليا إلى جانب الضمان القانوني[1].

وعلى ذلك، لا يجوز للمقاول تحت أي عذر أن يدخل أي تغيير أو تعديل في طريقة التنفيذ أو استبدال طريقة بأخرى، كما لا يجوز له استبدال مادة بأخرى، أو إحداث تغيير فيها قبل أي استعمال لها، طالما أنه ملزم باستخدام المواد بالكيفية المحددة في المقايسة، ولكن إذا رأى المقاول بأن هناك ضرورة تستوجب منه التدخل لأجل تعديل طريقة التنفيذ أو استبدال المواد بسبب طبيعة التربة مثلا، فيجب عليه في غير حالة الاستعجال الحصول أولا على إذن كتابي بذلك من المهندس المعماري المعني معتمدا من الجهة الإدارية المختصة بشؤون التنظيم[2].

وبالمقابل، يجب على المقاول بحكم خبرته الفنية أن يبدي التحفظات أو يرفض التنفيذ عند الاقتضاء إذا قام مهندس معماري باستبدال مادة منصوص عليها في مواصفات البناء بأخرى أقل جودة[3]، وقد جـــــــــــــاء في حكـــــــم هام لمحكمـة Oran فـــــي: 1960/01/12 " يفرض علــــــى المشيـــدين رفض استعمال المواد ذات النوعية السيئة والتي يصر عليها رب العمل، ومقاومة تهوره وعدم الضعف أمام إلحاحه دون أن تنعقد مسؤوليتهم جراء هذا الرفض المشروع"[4]، أي يجب عدم الاستجابة لرغبات رب العمل غير المشروعة، وذلك حينما يبتغي فرض طريقة بناء معيبة أو مواد بناء سيئة[5].

ويقرر القضاء الفرنسي في هذا الصدد بأن "مسؤولية المهندس المعماري والمقاول تظل قائمة حتـــــــى و لو أنه لم يقم إلا بإتبـــاع أوامر المالك فيما يخص طريقة البناء أو استعمال المواد الأقل

1- V. Karila (J.P), « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages après la réception de l'ouvrage », op.cit., pp. 309, 310.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 326.

3- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 137.

4- D.S.1960, Sem.Jur, P.53 cité par : (1): أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 136، هامش رقم

5- أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 128.

جودة لما يكون المالك غير معروف عنه التخصص (الخبرة) في مجال البناء"[1].

ويجب على المهندس المعماري وكذلك المقاول أن يرفض كل منهما الامتثال لميول المالك وأوامره إذا كانت تشكل خطرا على سلامة البنـــاء[2]، وقد ذهبت محكـــــمة النقض الفرنسيـــــة قديـــــــما إلى حد قبول أنه يجب على المقاول أن يرفض تنفيذ الأشغال التي طلبها المهندس المعماري" إذا ظهرت بوضوح غير ملائمة " في نظر التقني خاصة المتخصص في الإسمنت المسلح[3].

ويبدو أن القضاء يلقي بالمسؤولية على عاتق المقاول الذي يمتثل لتعليمات عميله الخاطئة خاصة إذا كانت صادرة من رب العمل معروف عنه عدم الخبرة والتخصص المهنيين[4]، حيث حملت محكمة النقض الفرنسية المقاول مسؤولية العيوب التي لحقت البناء على أساس أن رب العمل عديم الخبرة والتخصص الفني[5]، كما رفضت حكـــــــم الاستئنـــاف لأنه حمل رب العمل جزءا من المسؤولية، لكونه أعطى تعليمات للمقاول دون أن يتأكد هذا الأخير من كونه فنيا متخصصا في البناء من عدمه[6].

- -

- -

1- Cass.civ1., 17 juil. 1967, Bull. civ1, n 264 ; RTD civ, 1967.841, n .obs. G. Cornu cité par : Malaurie (Ph) et Aynes (L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p.425, note(57).

2- Voir dans le même sens, Mazeaud (H et L, J), Leçons en droit civil: principaux contrats op.cit., p. 570.

3- Civ1., 9 nov.1960, 2e arrêts, Gaz. Pal.1961.1.83 cité par : Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : principaux contrats, Ibid., p.570, note(9).

4- راجع حكمين مشار إليهما في: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 152، 153، هامش رقم: 1 و 2.

5- Cass.civ3.10 oct.1969, Bull.civ.III, 1969, n 639 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 153، هامش رقم: (1).

6- Cass.civ., 13 mai 1971, Bull.civ. III, 1971, n 297cité par: عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 153، هامش رقم: (2).

ثانيا- مخالفة قواعد الفن:

لا يلزم المقاول باحترام العقد فقط، بل واحترام قواعد الفن أيضا(1)، وهذا لأجل ضمان حسن تنفيذ المنشأة(2)، وهذه القواعد تقنية وليست قانونية، وعدم مراعاتها يشكل خطأ يستوجب المسؤولية(3).

وفي هذا الإطار، أوجب المشرع بالمادة 553 فقرة أولى من ق.م على المقاول أن يراعي في تنفيذه للعمل المتعهد به أصول الفن الذي ينتمي إليه وإلا قامت مسؤوليته، ولأجل فرض احترام المقاول لهذه الأصول، تقرر لرب العمل حق الرقابة على التنفيذ(4).

وتكون الأشغال بمفهوم المخالفة لنص المادة 553 فقرة أولى من ق.م معيبة إذا لم يراع المقاول فيها أصول المهنة وأعرافها، بينما تكون الأشغال غير مطابقة حسب نفس النص إذا تمت خلافا لما ورد في العقد من شروط ومواصفات.

ولكن خرق قواعد الفن لا يشمل فقط التنفيذ المعيب، بل يشمل كذلك التنفيذ الذي ينطوي على أضرار أو أخطار في استعمال المنشآت[5]، لهذا، فإن التزام المقاول بتسليم منشأة خالية من العيوب يتضمن بالتبعية التزاما بالسلامة، فيكون المقاول مسؤولا متى تسببت عيوب البناء في إلحاق أضرار جسدية برب العمل أو أحد أفراد[6].

و تجـدر الإشارة في هذا الصدد، أن خرق قواعد الفن ينتج عنه في الغالب عيب في البناء بينما ينجـ ـ ـ ـ ـ ـم عـ ـ ـ ـن عدم مراعاة الشروط التـ ـ ـعاقدية عدم مطابقة الإنجـ ـ ـ ـاز فحسب، أي أنه لا يترتب

1- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 76. Voir aussi, Mémento pratique, Immob, A jour au 1er Avril 1991, op.cit., p. 513.

2- Liet-veaux(G), op.cit., p. 250 ; Voir aussi, Cass.civ3., 19 juin 1969 : JCP., 69, 4, 210.

3- Saint-Alary(R), op.cit., p. 121.

4- إن سلطة الرقابة التي يملكها رب العمل خلال سير الأشغال هي رقابة عامة، لا تمتد إلى رقابة الأعمال من الناحية الفنية التي يمارسها المهندس المعماري، وهي ضرورية لحسن تنفيذ البناء.

5- V. Liet-veaux(G), op.cit., p.251.

6- أنظر، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 46.

على عدم المطابقة أي ضرر مادي للمنشأة، وهو ما يستدعي تطبيق قواعد المسؤولية العقدية دون الضمانات القانونية.

وقواعد الفن تمثل المعرفة العلمية المعتادة التي يمكن لرب العمل انتظارها من مهنة معينة من المهن، وهذه القواعد لا يمكن حصرها، لتعددها، وهي تتعلق بجودة الأرض وطرق تثبيت البناء، وملاءمة التصاميم والحسابات المعدة لإنجاز المبنى، وطرق الإنجاز التقنـ ـ ـ ـ ـ ـي للأشغال وغيرها[1].

وعموما يجب على المقاول وإلا قامت مسؤوليته أن يمتنع عن كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمر به المالك[2] سواء كان هذا الأخير خبيرا أم لا بفن البناء، وإن كان القضاء الفرنسي يميز بين الفرضين لإعفاء المقاول من المسؤولية[3]، ولأجل ذلك يجب أن يبدي تحفظات بشأن خيارات رب العمل الخاطئة، وعند الاقتضاء يجب عليه أن يرفض التنفيذ.

ولا يعفى المقاول من المسؤولية بحجة أنه مجرد منفذ، وأن العقد الذي يربطه برب العمل لا يفرض عليه سوى أن يتوافق التنفيذ مع التصميم الهندسي والمقايسات حتى ولو كانت هذه الأخيرة مخالفة لقواعد الفن[4].

ويلعب المهندس المعماري المشرف دورا هاما في أن يأتي البناء مطابقا لقواعد الفن، لهذا فإن مسؤوليته عن عيـــــوب التنفيذ غالبا ما تتقـرر إلى جانب المقاول، وهذا ما يستخلص من مقتضيات نص المادة 555 من ق.م.

وفــــي هذا الصدد، يفترض القضاء الفرنسي التقليدي بأن مجرد العيب في البناء يعد قرينة على ارتكاب خطأ من المقاول في التنفيـــــذ، والذي يستتبـــــع منـــــه بالضرورة خطأ المهندس فـــــــي الرقابة

1- Voir, Périnet- Marquet (H), op.cit., p.7.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 102.

3- Voir les arrêts cités par : Sériaux(A), op.cit., pp. 291, 292.

4- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 63.

على الأعمال[1]، ومع ذلك لا يعفى المقاول من المسؤولية عن خطئه الفني لمجرد أنه يقوم بالتنفيذ بإشراف المهندس ورقابته، لأنه مستقل عن المهندس فيما يدخل في حدود صناعته[2].

ثالثا- مخالفة قوانين البناء و التعمير:

يلزم المقاول على غرار المهندس المعماري بضمان مطابقة البناء لرخصة البناء وقواعد التعمير[3]، وفي هذا الصدد يكفي الإخلال غير العمدي واليسير لإدانة مؤجر العمل[4]، فلا يقتصر التزام المقاول على تنفيذ المبنى وفقا للتصميم الهندسي، بل يلتزم أيضا بأن يأتي تنفيذ الأعمال في الموقع مطابقا للأبعاد والمسافات المحددة في الرسم الهندسي[5].

إن الالتزام بمراعاة النصوص القانونية والتنظيمية في تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى يقع بالدرجة الأولى على عاتق المهندس المعماري، وهو صاحب الصفة أي الشخص المؤهل قانونا لتصميم المباني وإعداد مشاريع تنفيذها، وهو لا يلزم عند وضعه للرسم الهندسي للمبنى بمراعاة أصول الفن الهندسي فقط، بل يلزم أيضا بمراعاة النصوص القانونية والتنظيمية لتنفيذ أعمال البناء، كوجوب مراعاة الحد الأقصى للارتفاع المسمـــوح به قانـــونا، وارتداد المبانـــي، وما يفرضـــه قانون البنـــاء والعمـــران بوجـــه عام من قيـــود وارتفاقات[6].

ومما لا ريب فيه، أن مراعاة قوانين البناء يعد شرطا لمنح رخصة البناء، لذا ينبغي على المهندس المعماري عند وضـــع التصاميم أن يراعي القيود القانونية التـــي تفرضها قوانين تنظيـــم

1- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p.197.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 102، 103.

3- Civ3، 1998, Bull.cvi.III, n 216 ; 2 oct.2002, Bull.civ.III, n196 ; 26 oct.2005, Bull.civ., III, n 202 cités par : Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p.198, note(5).

4- Civ3., 3 janv. 1979, D.1979, IR, p. 238 ; JCP 1979, IV, 80 cité par : Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), Ibid., p.198, note(6).

5- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 161.

6- نفس المرجع والصفحة.

البناء والعمران[1]، ومثل هذا الالتزام يفرض على عاتق المقاول أيضا، إذ يسأل إلى جانب المهندس المعماري وإن كان هذا الأخيـر هو المسؤول الأصلي عن عدم مراعاة تلك النصوص القانونيـــة والتنظيمية في حالة وجود أخطاء في التثبيت، كتجاوز حدود ملكية الأرض المملوكة لرب العمل[2]، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية(الغرفة الثالثة) في قرار لها بتاريخ 12 فيفري 1978 بأن مؤجري العمل وخاصة المهندس المعماري تثور مسؤوليتهم التعاقدية للقانون العام لمدة 30 سنة في حالة الخطأ في التثبيت[3].

وعادة ما يتم النص في الشروط العامة لعقود المقاولات على مادة مستقلة لتأكيد التزام المقاول والمهندس المعماري بتثبيت أبعاد المبنى وتنفيذه طبقا للرسومات الهندسية[4]، غير أن العقد المتعلق بشروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC نص في المادة 1/17 منه، على التزام المقاول بتحديد مكان الأعمال في الموقع وتنفيذها حسب الأبعاد والخطوط والمستويات التي حددها المهندس كتابة، وإن مراجعة المهندس لأي تحديد أو مراجعته لأي خط أو مستوى لا يعفى المقاول من مسؤوليتـه عن دقة تحـــــديد ما سبـــــــق، وعلى المقاول أن يحمـــــــــــــي ويحـــــــــــــافظ علـــــــــــى علامات المستوى والأسوار المحيطة والأوتاد والأشياء الأخرى المستخدمة في تحديد مكان الأعمال في الموقع".

يتبين من هذا النص، أن المقاول هو المسؤول الوحيد في حالة الخطأ في تنفيذ المبنى حسب الأبعاد والمستويات المحددة، ولا يعفـــــــى من المسؤولية إلا إذا كان الخطأ فـي تثبيت أبعاد

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 161.

2- نفس المرجع، ص ص 161، 162.

3- Cass.civ3, 15févr. 1978, Bull. civ. III, n 85 cité par : Karila (J.-P), « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », op.cit., p.311, col. 2.

4- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 162.

المبنى وتنفيذه راجعا إلى بيانات خاطئة قدمها المهندس(1).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الأخطاء في تثبيت المبنى خلافا للأبعاد والمقاسات المحددة في الرسم الهندسي، يمكن تعويض الأضرار الناجمة عنها، وإن كانت هذه الأضرار حسب الفقه الغالب لا تلحق أضرارا مادية بالمنشأة وفقا للضمانات القانونية، بحجة أن إصلاح مثل هذه الأضرار يؤدي إلى المساس بالسلامة المادية للمنشأة، طالما أن ذلك يقتضي الهدم من أجل إعادة البناء(2).

وعلى العكس من ذلك، يرى جانب من الفقه المصري أن مثل هذه الأخطاء لا تستدعي بالضرورة هدم المبنى أو حتى تعديله ماديا متى كان البناء متفقا مع أصول الفن الهندسي، وأن كل ما يترتب عن ذلك في الغالب هو إلحاق أضرار مالية برب العمل، مما ينبغي التعويض في مثل هذه الحالة وفقا لأحكام المسؤولية العقدية وليس الضمان القانوني(3).

كما أنه لا يمكن تطبيق الضمان القانوني في مثل هذه الحالة حتى ولو تطلب الأمر هدم المبنى وإعادة بنائه، لأن المقصود بالتهدم الذي يستثير تطبيق أحكام هذا الضمان هو التهدم التلقائي الذي يحدث نتيجة ما قد يصاحب عملية البناء من عيوب فنية، أما الهدم الذي يحدث بفعل الغير كأن تأمر السلطات العمومية بهدم المبنى كليا أو جزئيا لخروجه على خط التنظيم أو لإنشائه بالمخالفة للقانون، فلا يدخل في نطاق تطبيق أحكام المادة 651 من ق.م المصري المقابلة للمادة 554 من ق.م الجزائري، وبالتالي لا يبقى أمام رب العمل سوى الرجوع

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص ص 163، 164.

2- V. F. Desportes, « La garantie décennale est-telle toujours une garantie des vices de la construction » ?, Gaz. Pal.1988.1. Doc.85 cité par : Karila(J.-P), « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », op.cit., p.316, col. 2, note(44).

3- أنظر، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 165.

بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية العقدية(1).

بل إن اكتشاف رب العمل مخالفة القوانين والنصوص التنظيمية للبناء قد يستغرق وقتا طويلا، الأمر الذي يتجاوز قدرات رب العمل العادي، كما لا يمكن اعتبار مثل هذه الأخطاء من قبيل العيوب الظاهرة التي تمحى بالاستلام دون تحفظ، وهذه كلها مبررات للإبقاء على المسؤولية العقدية والتقادم الطويل لمواجهة هذه الصور من صور الإخلال بعقد المقاولة(2).

الفرع الثاني: مسؤولية المقاول عن أخطاء غيره من المتدخلين في البناء:

قد تقوم مسؤولية المقاول بسبب أخطاء التصميم أو بسبب عيوب في الأرض أو المواد المستعملة في البناء، غير أن أساس مسؤوليته هنا هو إخلاله بواجب تقديم المشورة والنصح لرب العمل من جهة، والتزامه بالإعلام من جهة أخرى، وهذا في الواقع ليس إلا تكريسا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الذي يجب أن يسود العلاقات العقدية، فالمقاول يتحمل من جانبه التزام بلفت الانتباه (بالإعلام) (3).

أولا- مسؤولية المقاول عن أخطاء التصميم:

كان القضاء الفرنسي قديما يلقي بالمسؤولية عن الخطأ الفني في وضع التصميم على المهندس المعماري لكونه **رجل فن**، أما المقاول **كرجل تنفيذ**، فكان يسأل إلا عن الأخطاء المادية في تنفيذ الرسومات كما وضعها وأملاها عليه المهندس المعماري[4].

وفي مرحلة لاحقة، اتجه هذا القضاء نحـــــو مشاركة المقاول للمهندس المعماري فـــــــــي المسؤوليـــــة

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 165.

2- نفس المرجع، ص ص 165، 166.

3- Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n 86, p. 11.

4- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 40.

عن أخطائه الفنية[1]، وبذلك أرسى القضاء الفرنســـــي ولو بطريق غيـــــر مباشر مبدأ قضائـــــي جـــــديد، وهو الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، أو الالتزام بالإخبار أو التحذير ورفض التنفيذ والذي أصبح فيما بعد التزاما ثانويا عاما يستمر كل مدة العقد، له عدة تطبيقات في مجال التشييد[2].

وهكذا قررت محكمة النقض الفرنسية بأن المقاول بصفته مهني وفي إطار التزامه بالنصح يتحـــــمل واجـــــب فحص ومراقبـــــة تصاميـــــم المهندس المعماري، وعندما تسمح له كـفاءته وخبرته المهنية بكشف نقائص التصاميم، فيجب عليه على الأقل أن يبـــــــدي تحفظات ويلفت انتباه رب العمل، ويرفض عند الضرورة البناء[3].

فالمقاول ليس آلة في يد المهندس المعماري يسيره كيف ما شاء، وأنه وإن كان لا يسأل عن التصميم الذي يضعه والاقتراحات التي يوجهها له إلا أنه يكون مسؤولا عن تنفيذ

الرسومات فـــــــي حدود اختصاصاته، مثل مراعاة أصول وقواعد البناء حتى ولو تلقى تعليمات من المهندس المعماري تخالفها[4].

وبمعنى آخر، يجب أن نميز فيما يتعلق بمسؤولية المقاول عن أخطاء التصميم بين فرضين:

مسؤوليته عن أخطاء التصميم في حد ذاته، وهذه لا يسأل عنها المقاول ما لم تكن هذه الأخطاء من الوضوح، بحيث لا تخفى على مقاول مجرب في نفس مستواه الفني، ومسؤوليته عن الأخطاء فــي تنفيـــــــذ التصميــــــــم، والتي يسأل عنها، ولكـــــــن فـــــــي حـــــــــــدود اختصاصاته، مثــــــل

1- راجع حكم محكمة باريس مؤرخ في: 1923/3/21، و حكم آخر لنفس المحكمة مؤرخ في: 1927/3/9 مشار إليهما في: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص ص 40، 41، هامش رقم: 1، 2.

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 41.

3- Rev. Dr. Immob. 5(4), Oct.-déc. 1983, p.454.

4- مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص 30.

وجوب مراعاة قواعد فن البناء، إذ لا يجــــب أن يقدم المقـــــاول علــــى التنفيـــذ وفـــق تصميـــم يكـــون مخـــــالفا لهذه القواعد.

ونتيجة لذلك، لا يمكن أن نعتبر بأن اهمالات وأخطاء المهندس المعماري في التصميم تعفي المقاول من كل المسؤولية[1]، فالأمر متوقف على نوع الخطأ الذي يصدر من المهندس المعماري في تصميم الأعمال الإنشائية، فإذا كان مما لا يمكن كشفه إلا بالفحص الفني الدقيق، فإنه يأخذ حكم السبب الأجنبي، وبالتالي لا يسأل عنه المقاول.

وقد قرر المشرع الجزائري هذا الحل القضائي، حيث اعتبــــر المقاول ملزما بالتدقيق فـــــي الرسوم المتعلقة بالمشــــروع، وكـــــــل المستندات

اللازمـــــة لتنفيذ الأشـــــــغال[2]، ويجـــــــب عليـــــه إعـــــــلام مهندس الدائـــــــرة أو المهندس المعماري قبل أي تنفيذ بالأخطاء أو السهو أو التناقضات التي من الممكن حصولها، والتي يسهل على رجل الفن كشفها[3].

إذن، لا يكون المقاول ملزما بإعلام المهندس المعماري إلا بالأخطاء التي يسهل على رجل الفن كشفها، وهو ما يعني أن الأخطاء التي يصعب على رجل في نفس مستواه الفني كشفها لا يكون مسؤولا عن وجودها أي لا يكون ملزم بالكشف عنها، وهذا تطبيقا لمبدأ التخصص الفني الذي يجب أن تخضع له مسؤولية المقاول عن أخطاء المهندس المعماري أو أي مشيـــــــــد آخر. فمسؤوليـــــــــــة المقـــــــــــاول وفقـــــــــا لهـــــــذا المعيـــــــــار تتحـــــــدد بنـــــــــاء على ما يتـــــــــوافر لديه مـــن تخـــــــــصص

1- Civ3., 17 mai 1983, Voir aussi dans le même sens, Civ3, 6 nov. 1969, JCP, 1969, IV, 300 ; 27 mars 1979, D.1979, IR, 406 ; 28 mai 1979, D.1979, IR, 501, JCP, 1979, IV, 256 cités par : Rev.Dr.Immob. 5(4), oct.-déc. 1983, p.454.

راجع في نفس المعنى كذلك، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 63.

2- راجع المادة 12 مقطع رقم: 6 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، مذكور آنفا.

3- راجع المادة 12 مقطع رقم: 6 من نفس القرار.

وخبـــــــرة فنيـــــــة، وفي حدود مهمته [1]، وكما يقول لوران لا يكون المقاول مسؤولا عما يجاوز نطاق تخصصه الفني، لذا فإنه لا يلزم بالكشف عن عيوب التصميم غير الظاهرة التي تفوق فن المقاول وقدراته الشخصية[2].

فالقضـ ـ ـ ـاء لم يفـ ـ ـرض على المقاول أن يكشف عن كل عيب من شأنه أن يؤثر علـ ـ ـى متانة البنـ ـ ـ ـاء[3]، وبالتالي لا يعد مخلا بالتزامه بالنصيحة إذا لم يبد المقاول تحفظاته على تلك العيوب، طالما أن خبرته لا تسمح له بالكشف عنها، وهذا ما أكده القضاء المصري كذلك في بعض أحكامه، فالمقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي وضع التصميم، والذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري، يشترك مع رب العمل في المسؤولية عما يحدث في البناء من عيوب إذا كان قد علم بوجود خطأ في التصميم وأقره، أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب"[4].

فالمقاول ليس مجرد آلة صماء، يعمل على تنفيذ رسومات المهندس المعماري آليا دون أن يقوم بمراجعتها[5]، لذا يجب عليه أن يرفض تنفيذها عند الضرورة، وهي أولى صور الالتزام بالنصيحة قديما[6]، فمن غير المعقول أن يقبل تنفـ ـيذ أعمال معيبة اليـ ـ ـوم لتنهـ ـ ـ ـ ـ ـدم غـ ـدا[7]، وفـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي

- -

1- LIorens cité par: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 370، هامش رقم:(3)

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 373.

3- نفس المرجع، ص 370.

4- سمير عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الإنشاءات، مرجع سابق، ص 55.

5- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 340.

6- أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع والصفحة.

7- استئناف الإسكندرية مختلط 1906/04/18، و تتلخص وقائعه، أدين المهندس المعماري لأنه اكتفى بتحذير رب العمل إلى خطورة تنفيذ أعمال التعلية، لأن البناء لا يتحمل ذلك، وأما إصرار رب العمل على موقفه قدم له الرسومات والتقويات المقترحة واكتفى بالإشراف على التنفيذ عن بعد، وفي اليوم الموالي سقط البناء بأكمله، فتوفيت على إثره زوجة رب العمل، فدفع المهندس المعماري بعدم التزامه قانونا بالرسومات التي قدمها وديا، وأنه لم ينتصح رغم نصحه له..فرفضت المحكمة

دفوعه معتبرة أنه متخصص فنيا، وبالتالي كان عليه أن يرفض تنفيذ العمل إزاء رجل غير متخصص مثل رب العمل".
راجع: أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 340، هامش رقم:(3).

هذا المعنى جاء في حكم قديم لمحكمة باريس والشهير: " بأن المقاول ليس أداة سلبية بين أيدي المعماري"[1].

وبناء عليه، ففي كل مرة تكون الرسومات أو التربة بها عيب من شأنه أن يهدد بالخطر جودة البناء ومتانته، يجب على المقاول تحذير رب العمل، وفي حالة إغفال ذلك، فإن مسؤوليته سوف تنعقد[2].

إن أساس التزام المقاول بمراجعة رسومات المهندس المعماري هو التزامه بتقديم النصح لعميله باعتباره رجل فن وتخصص، وأنه يملك من الخبرة والتخصص المهنيين ما يسمح له بأن يقدر مدى كفاية الرسومات.

وعلى ذلك، يجب على المقاول إذا لاحظ نقصا أو خطئا في الرسوم أن يبدي تحفظاته بشأنها، أو أن يرفض تنفيذ البناء عند الضرورة، وفي هذا المعنى قضي بأن" صفة المقاول المهنية تفرض عليه الالتزام بالنصيحة ومراجعة الرسوم متى أن تخصصه وخبرته المهنيتين يسمحا له بأن يضع في اعتباره عدم كفاية الرسومات، فالمقاول عليه على الأقل أن يبدي التحفظات ويلفت انتباه رب العمل، وعند الاقتضاء برفض تنفيذ البناء"[3].

كما قضي" بمسؤوليـــــــــــــة المقاول الذي نفـــــــــــــــــذ تصميمات المهندس المعماري غيــــــــــــــر المدروسة، والتي لم تأخذ في الاعتبار نوعية التربة الصلصالية، ولا مدى صلاحية البنــــــاء عليها، وأن المقاول بحكــــــم خبرتــــــــــــه وتخصصـــــــــه كان يتعين عليــــــه تقدير مدى كفاية تلك الحلــــــــــول

1- حكم محكمة باريس بتاريخ: 1927/3/9، دالوز سيرين، 30-1، ص 169 مشار إليه في: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 369، هامش رقم:(4).

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 369. راجع كذلك، نفس المرجع، ص 41، هامش رقم:(2).

3- Cass.civ.3, 17 mai 1983, Rev.Dr.Immob, 5(4). Oct.-déc. 1983, p.454. Voir aussi dans le même sens, Cass.civ3., 6 nov. 1969, J.C.P.1969, IV.300 ; 27 mars 1979, D.1979. IR.406 ; 28 mai 1979, D.1979.I.R.501, J.C.P.1979. IV. 256.

المقترحة، وأن يرفض تنفيذ الأعمال"[1]، وفي نفس المعنى قضى حكم قديم لمحكمة باريس 1863[2]، جاء فيه، " المقاول الذي ينفذ رسومات المهندس المعماري بدافع تقليص التكاليف(بضغط الإنفاق)، وعدم رفضه تنفيذها، رغم عدم كفاية وقصور الحلول المقترحة والتي لا تخفى على كل فني عدم مناسبتها وعدم ملاءمتها".

كما يلزم المقاول برفض تنفيذ الأعمال وفق التصاميم الموضوعة من طرف رب العمل متى ثبت له عدم كفايتها خصوصا إذا كان هذا الأخير غير متخصص، كما قضي بمسؤولية المقاول عن العيب الذي لحق البناء، حيث كان يتعين عليه أن يقدر عدم كفاية الرسومات المعدة من رب العمل غير المتخصص في مجال التشييد[3].

ولكن قيد القضاء والفقه الفرنسيان التزام المقاول برفض تنفيذ الأعمال وفق رسومات المهندس المعماري المعيبة بقيدين هما:

- أن تكون الرسومات المعيبة لها علاقة بما تعهد المقاول بتنفيذه من أشغال، أي أن تدخل في نطاق التزامه الشخصي، لأن المقاول لا يلزم كقاعدة عامة بتقديم النصيحة إلا في حدود ما عهد به إليه[4]، فالمقاول كما قضت محكمة النقض الفرنسية لا يلزم بالتأكد من خلو التصاميم من العيوب إلا إذا كان قد عهد إليه بها[5]، ويؤيد الفقه المصري هذا الحل

- -

- -

1- Cass, civ1, 9 nov.1960, Bull.civ, I, 1960, n 483, pp.395, 396 cité par: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 130، هامش رقم:(2).

2- Cass. Civ. 19 mars 1869, D., p. 239, Bull.Civ.3, n 243 cité par : أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 340، هامش رقم:(4).

3- Cass., 28 mai 1979, Rev.Dr.Immob, 1979, T.4, p. 471 cité par : محمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 130، هامش رقم:(1). راجع في نفس المعنى، حكم:

Cass.civ.10 oct. 1969, Bull.civ3, 1969, n 639 cité par: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 153 هامش رقم:(1).

4- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 341.

5- أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع والصفحة.

القضائي، مؤكدا أن التزام المقاول بمراجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـعة التصميمات التي يعهد بها إليـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـه لتنفيذها لا يقوم إلا فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي حـ ـ ـ ـ ـ ـدود اختصاصه واحترام قواعد الفن[1].

- وأن يكون العيب الذي يوجد بالرسومات مما يمكن الكشف عنه، فلا يلتزم المقاول بالنصح إلا في حدود العيب الذي يمكن له كشفه، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية المقاول الذي لم يتحـ ـقق من رسومات رجـ ـل الفن المهندس المعماري، إذ كان علية الكشف عن خطأ جسيم فاضح [2].

ولكن يجب ألا تتخذ مسؤولية المقاول الذي يقوم بالتنفيذ بناء على تصميم معيب كذريعة لإفلات باقي المشيدين من كامل مسؤوليتهم، بل يظل المهندسون المعماريون والفنيون الآخرون مسؤولين بصفة كاملة عما يرتكبـ ـ ـ ـونه من أخطاء فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي التصميـ ـ ـ ـ ـ ـ ـم والتصورات الفنيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة، فواجب النصيحة الذي يثقل كاهل المقاول لا يجب أن يكون سببا لإعفاء المهندس المعماري وباقي المشيدين للبناء من المسؤولية [3].

ومن جهة أخرى، لا ينبغي على المقاول لكي يتهرب من مسؤوليته أن يتذرع بعدم تخصصه فـــــي مجــــال فنــــــــــــــي، بل يجـــــــــــب عليه أن يستعين عنــــــد اللزوم بمن يتوافــــــــر له الخبــــــــــرة والتخصص في المجال المعني، فلا تنفك مسؤوليته بدعوى عدم تأهيله الفني[4].

ويعتبر القضاء الإداري في فرنسا على غرار القضاء العادي المقاول مسؤولا بالتضامن تجاه رب العمل إذا لم يبد تحفظاته على أخطاء المهندس المعماري أو أي مشيد آخر[5].

1- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 120.

2- راجع قرار: 1960/11/9، بيلتان المدنية، الدائرة الأولى، فقرة 483، ص 395 مشار إليه في: أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 341، هامش رقم:(3).

3- LIorens cité par : أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 370، هامش رقم:(2)

4- سمير عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الإنشاءات، مرجع سابق، ص 53. راجع أيضا، أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 121.

5- أحمد عبد التواب محمد بهجت، نفس المرجع، ص 370.

وإذا ثبت للمقاول أن التصاميم التي سيقوم بالتنفيذ وفقا لها سليمة من الأخطاء، وجب عليه أن يقوم بتنفيذها بدقة تامة، فإذا حاد عنها دون موافقة مسبقة من المهندس المعماري قامت مسؤوليته.

ولكـــــن هل يتحـــــمل المقاول المسؤوليـــــة أيضا إذا حـــــــاد عن التنفيـــذ وفقا للتصاميم عن حسن نية؟

يجب أن نشير إلى أن المسؤولية عن الخطأ في تنفيذ التصميم لا يتحمل عواقبه المقاول وحـده، طالما كان التنفيذ تحت رقابة المهندس المعماري، وبالتالي، فإن المنطق يقضي بأن يتقاسم كلا منها جزءا من المسؤولية كل بنسبة خطئه، فالمهندس المعماري باعتباره شخص

فني ملزم بأن يقـ ـ ـدم للمقاول ما يلزم من توضيحات بخصوص التصاميـ ـ ـ ـ ـ ـ ـم التي يتم التنفيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـذ وفـ ـ ـ ـ ـ ـ ـقا لها، وأن يصدر له من التعليمات ما يضمن سير عملية التنفيذ وفق الأطر التي حددت لها[1].

ثانيا- مسؤولية المقاول عن عيوب الأرض[2]:

الأصل أن المقاول لا يسأل عن عيوب الأرض التي يقام عليها البناء، لأن تحديد مدى صلاحية الأرض للبناء وقدرتها على تحمل الأثقال يعد من اختصاصات المهندس المعماري الذي يجب عليه عند وضع التصميم الهندسي أن يراعي طبيعة التربة وتكوينـ ـ ـ ـها الجيولوجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي وإلا قامت مسؤوليته [3].

ولما كانت مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري تتحدد وفقا للمهمة المسندة إلى كل منهما، فإن المقاول لا يسأل إلا عن أخطائه الشخصية، أي عنـ ـ ـد الإخلال بالالتـ ـ ـ ـ ـ ـزامات الملقـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاة

- -

- -

1- راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 323.

2- لم يحدد المشرع في القانون المدني ضمن المواد المنظمة للمسؤولية العشرية بالمادة 554 وما بعدها، المسؤول عن عيب الأرض، كما فعل بالنسبة لعيوب التصميم والتنفيذ، حيث جعل المهندس مسؤولا عن عيوب التصميم، والمقاول مسؤولا عن عيوب التنفيذ (م.555 ق.م).

3- راجع في هذا المعنى، عمرو طه محمد علي، مرجع سابق، ص 296.

على عاتقه. وحسب جانب من الفقه الفرنسي التقليدي، يسأل المقاول على غرار المهندس المعماري عن عيـ ـ ـ ـ ـوب الأرض كمسؤوليتـ ـ ـ ـه عن عيـ ـ ـ ـ ـب فـ ـ ـ ـ ـي البنـ ـ ـ ـاء ذاته[1]. لذلك، يجـ ـ ـ ـ ـب علـ ـ ـ ـى المقاول علـ ـ ـ ـى غرار المهندس المعماري أن يتأكد قبل البدء في التشييد من جـ ـ ـ ـ ـ ـودة التـ ـ ـ ـربة التي سيقام عليها البنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء[2]، ويؤيد الفقه البلجيكي هذا الرأي[3].

ولكن، يجب أن تقوم مسؤولية المقاول عن عيوب الأرض التي يمكن له كشفها فقط أي في حدود ما يملك من خبرة فنية شخصية أو لشدة وضوح العيب في التربة[4]، فإذا كان عيب الأرض ظاهرا ولم يتنبه المقاول له، فإن مسؤوليته تتحقق متى كان هذا العيب لا يخفى على مقاول في نفس مستواه الفني، ولا يمكن له أن يدعي لأجل إعفائه من المسؤولية بأنه يقوم بالتنفيذ بناء على توجيهات المهندس المعماري ورقابته.

وقد يكون خطأ المهندس المعماري في الرقابة والإشراف على الأعمال سببا لإعفاء المقاول من المسؤولية عن عيوب الأرض متى كانت طبيعتها تستدعي اتخاذ بعض الاحتياطات لتفادي حدوث الأضرار بالمبنى، ولكن المهندس المعماري لم ينبه المقاول إلى ذلك، لأن بعض عيوب الأرض قد لا يمكن كشفها إلا بعد مرور وقت عن البدء في تنفيذ الأشغال(الحفر)، وفي هذا الفرض قررت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بأن المهندس المعماري الذي لا ينبه مقاول البناء بناء على ما توافر له من معلومات حصل عليها من مقاول متخصص إلى ضرورة الاستعانة بمقاول متخصص في أعمال العزل المائي فيما يتعلق بحفر الأساس ومعالجة الدور الأرضي من الميـاه الجوفيـــــة، فإن المهندس المعماري فـــــــي هـــــــــــذه الحالـــــــــــــــة يرتكـــــــــــــب خطـــــــأ

1- Mazeaud(H et L, J), Leçons de droit civil : contrats spéciaux, op.cit., p. 570.

2- Ibid., p. 570.

3- راجع Ravon مشار إليه في: عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص ص 713، 714، هامش رقم:(16).

4- فقد قضي في مصر بمسؤولية المقاول الذي نفذ الأساسات على أرض طفيلية غير صالحة للتأسيس عليها، ولم ينزل بها إلى العمق اللازم، فالعيب هنا جد واضح. راجع: نقض مدني مصري، طعن رقم: 325 لسنة 30 جلسة 1965/6/10 مج.م. فسق 117، ص 736. مشار إليه في: عبد الرازق حسين يسين، نفس مرجع، ص 714، هامش رقم: (24).

في مواجهة المقاول يبرر إعفاء هذا الأخير من المسؤولية[1]. وإذا أخل المقاول بواجب تنبيه رب العمل إلى هذه العيوب كان مسؤولا إلى جانب المهندس المعماري عما يلحقه من أضرار من جراء هذا الإخلال[2].

ولكن قد يسأل المقاول عن هذه العيوب استنادا إلـــى مبـــــدأ حسن النيـــــة فـــــي تنفيذ العقــــود[3]. وتطبيقا لهذا المبدأ، إذا اكتشف المقاول عند التنفيذ عيوبا في الأرض ولم يخطر المهندس المعماري بوجودها حتى يعمل على تداركها قبل البدء في التنفيذ[4]، كان مسؤولا إلى جانبه عما ينجم عن ذلك من أضرار.

وفي الواقع، إن مسؤولية المقاول عن عيوب الأرض مصدرها هو إخلال هذا الأخير بالالتزام بالنصيحـــــــة، وبالتالـــــي، يجـــــــــب على المقاول تطبيقا لهـذا الالتـــــــزام أن يقـــــــوم بإخـــــــطار رب العمل والمهندس المعماري أيضا بما قد يكتشفه من عيوب في الأرض أثناء التنفيذ.

وإن كان مصـــــدر الالتـــــــــــزام بالإخـــــــــطار هذا هو عقـــــــــد المقاولة المبـــــــــرم بين رب العمـــــــــل والمقـــــــاول، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمهندس المعماري الذي لا توجد علاقة قانونية مباشرة تربطه بالمقاول، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا المعنى بأن" المقاول الذي يتبين له خلال تنفيذ التزامه بأن التربة غير متجانسة لاحتوائها على مياه جوفية ولم يحذر المهندس المعماري ولا المكاتب الهندسية بخطر طبيعة التربة"[5]، يعتبـــــــــــر مخـــــــــلا بالالتزام بالنصيحة الذي يتخـــــــــــذ عادة شكل الالتـــــــــزام بالتحـــــــــذير والإخبار[6].

1- Cass. Civ3., 16 oct. et 26 mai. 1984, D. 1985, p. 431 cité par: أحـمد عبد العال أبو قرين، المسؤوليـــــــــــــــــــــــــــــــــــة العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 66، هامش رقم: (1).

2- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 714، هامش رقم:(25).

3- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 296. أنظر أيضا، عبد الرازق حسين يسين، نفس المرجع، ص 714.

4- عبد الرازق حسين يسين، نفس المرجع، ص 714.

5- أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص ص 337، 338.

6- نفس المرجع، ص 337.

بل واعتبر القضاء الإداري الفرنسي المقاول مخلا بالالتزام بالنصيحة، لأنه لم يخطر رب العمل بالمخاطر التي قد يتعرض لها مشروعه المعماري بسبب طبيعة التربة، لمجرد أنه سبق له أن عمل بتلك المدينة (الأماكن)، مما يسمح له بأن يثبت له عيوب التصميم"[1].

أما إذا أصر المهندس المعماري على التنفيذ بالرغم من إخطار المقاول له بوجود عيوب بالأرض، فلا ينبغي على المقاول أن يستمر في التنفيذ ما لم يتحصل على إذن كتابي من المهندس المعماري بمواصلة التنفيذ وإلا كان مسؤولا إلى جانب المهندس المعماري[2]، كما ينبغي على المقاول أن يمتنع عن التنفيذ حتى ولو أجاز رب العمل ذلك، طالما أن الأمر يتعلق بالصالح العام[3].

وكما سبق القول، لا يلتزم المقاول بالكشف عن عيب التربة وإخطار المهندس المعماري به إلا إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه من طرف شخص في مستواه الفني[4].

ثالثا- مسؤولية المقاول عن عيوب المواد:

يسأل المقاول عن ضمان خلو المواد المستعملة في البناء من العيوب، ويظل مسؤولا عن ذلك سواء كان هــو من قام بتوريد المـواد أو قدمها له رب العمل[5]، وقـــد قضي في فرنسا بأن المقـــــاول الفرعـــــي يتحـــــــمل تعاقديا تجــــاه المقـــاول الأصلـــي التـــزام بتنفيـــــذ عمل في الأجل

خـــــال مـن العيـــــوب[6]، وبالتالي فإنه يسأل عن العيوب الناتجــــــــة عن عيوب في المادة المستعملة

1- مجلس الدولة الفرنسي: 1964/3/6، مجلة القانون الإداري، فقرة 94، ص 20. مشار إليه في: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 374، هامش رقم:(2).

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 297.

3- نفس المرجع والصفحة.

4- راجع نقض مدني فرنسي 1979/5/8، الأسبوع القانوني 1981، قائمة الأحكام، ص 135، مشار إليه في: أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 341، هامش رقم:(3).

5- أنظر في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 319، 320.

6- Cass.civ3., 3 oct. et 4 déc. 1985, Rev.Dr.Immob. 1986, p.206.

على الأقل إذا لم يحتج بالسبب الأجنبي الذي لا يمكن نسبته إليه[1].

والمقاول لا ينتهي دوره عند تنفيذ العمل طبقا لقواعد الفن فحسب، بل يجب عليه مراعاة القواعد التقنية الجاري بها العمل أو المعطيات العلمية الثابتة، ولا يعفى من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي[2].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فـــــــــــــي قرار لهـــــا بأن: " مجــــــــرد أن التقنيــــــــة كانـــــــت معروفة وكانت تعتبر صالحة في ذلك الوقت، حيث كانت مستعملة، لا يشكل سببا أجنبيا يعفي المقاول من المسؤولية"[3].

وفيما يتعلق باختيار الطريقة من طرف مقاول وعدم معارضة المقاولة المكلفة بتطبيقها لمجرد أنها منفذ يعد مرفوضا[4]، وقد حمل مجلس الدولة الفرنسي المقاول المسؤولية بصفة جزئية لأنه لم يبد تحفظاته حول الطريقة المفروضة من طرف ديوان عمومي[5]، إذ لا يلزم المقاول بالتأكد من مطابقة المواد للمواصفات ومراقبة جودتها فقط، بل يجب عليه أيضا أن يقوم باستخدامها طبقا للقواعد التقنية الجاري بها العمل والمعطيات العلمية الثابتة.

وقضي كذلك بأن" مجرد أن المقاول لا يمكنه أن يعلم بالعيب الملازم للمادة المستعملة لا يشكل سببا أجنبيا"[6].

وتجدر الإشارة هنا، أن المقاول لا يعفى من المسؤولية عن العيوب الكامنة فـ ـي المواد المستعملة

1-Cass.civ3, 20 octobre1984, Bull.civ.III, 1984, n 171 cité par : Rev. Trim. Dr.Civ, Première partie, 1986, p.136.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 389.

3- Cass.civ3, 30 nov. 1983, Bull.civ.III, n.253 cité par : Rev.Trim.Dr.Civ, 1986(1), pp.137, 138.

4- Cass.civ3, 22 oct. 1980, Bull. civ. III, n 162 cité par: Rev.Trim.Dr.Civ, 1986(1), p. 138.

5- Cons. D'Etat 8 juill. 1983, O.P.H.L.M. de Mulhouse, req. N.24238 cité par : Liet-Veaux(G) J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.48, p.7.

6- Civ3., 22 oct. 1980, Bull. civ. III, n 162.

في البناء حتى ولو كانت الحالة العلمية الراهنة لا تسمح بالكشف عنها، ما لم تتوافر فيها خصائص القوة القاهرة[1].

فالمقـ ـ ـ ـ ـ ـاول ملـ ـ ـ ـ ـ ـ ـزم بتنفيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـذ التـ ـ ـ ـ ـزامه بتـ ـ ـ ـ ـ ـوريد المـ ـ ـ ـواد التـ ـ ـ ـي تستخـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـدم فـ ـ ـ ـ ـي عمليـ ـ ـ ـ ـ ـة البنـ ـ ـ ـ ـاء بكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـل أمانة وإخـ ـلاص[2]، ويجب عليه كذلك أن يقوم بفحص المواد ومعاينتها قبل أي استخدام لها تحـ ـ ـ ـ ـ ـت طائلة المسؤوليـ ـ ـ ـ ـ ـة [3].

ولا يعفى المقاول من المسؤولية عن عيب المواد حتى ولو أجاز المهندس المعماري استخـ ـ ـ ـ ـدامها بعد أن قام بفحصها طبقا لواجبـ ـه فـ ـ ـي الرقابة علـ ـ ـ ـى

التنفيـــــذ[4]. ولكن لا تقوم مسؤولية المقاول عن عيوب المواد إذا كانت هي نفسها المبينة في المقايسة المعدة من قبل المهندس المعماري[5].

كما لا يعفى المكلف بالمراقبة التقنية عن الأضرار الناتجة عن توريد واستخدام المواد الضرورية لتشييد عقار حتى ولو وجدت شروط في العقد تلقي بالمسؤولية عن هذه الأضرار على المقاول، فليس من شأن ذلك أي وجـــود هذا الشرط إعفـــاء الجـــــــــهة المكلفـــــــة بالمراقبـــــــة التقنيـــــــــة عـــــــن الإخلال بمهمتها الذاتية متى ثبت هذا الإخلال صراحة[6].

وإذا ثبت أن تصدع البناء أو تهدمه يرجع إلى رداءة المواد المستعملة في البناء، فإن مسؤولية المقاول تظل قائمة طيلة مدة التقادم الطويل، وهذه إحـــــــــدى الحالات التي يكون المقـــاول

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 389، 390.

2- نفس المرجع، ص 321.

3- نفس المرجع، ص ص 319، 320.

4- عبد الرازق حسين يسين، مرجع سابق، ص 770.

5- Cass.civ., 18 fév.1944, D.1944, p.63 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 318، هامش رقم:(1).

6- Cass.civ3, 15 fév.1972: J.C.P. 72, éd. G, IV, 77 ; Bull.civ.III, n.95 cité par : Liet-Veaux(G) : Construction, Fasc.202, p.1984, n.9, p.3.

مسؤولا فيها ولو بعد انقضاء المدة العشرية.

ويجوز للمقاول الرجوع بالتعويض على بائع مواد البناء استنادا إلى أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع[1]، ما لم يكن تعيب المواد راجعا إلى سوء استعمالها[2]، غير أن

هذه الدعوى سرعان ما تتعرض للسقوط بسبب أجلها القصير[3]، لذلك سمح القضاء الفرنسي للمقاول برفعها عند رجوع رب العمل عليه بدعوى الضمان[4].

وقد جعل القانون الفرنسي المورد والصانع في نطاق المسؤولية العشرية ملتزمين بالتعويض بالتضامن مع المقاول[5].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه يجيز للمتضرر سواء كان المقاول أو رب العمل الرجوع على منتج مواد البناء بدعوى التعويض عن الضرر الناتج عن عيب في المواد المستعملة في البناء[6]، ولعل مواد البناء من اسمنت وحديد التسليح وغيرها تدخل تحت مفهوم المنتوج المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر 1 المضافة بقانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، والذي يشمل كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي..

وعلى خلاف دعوى ضمان العيب الخفي التي يقتصر حق المشتري فيها عادة على المطالبة برد قيمة المبيع والتعويض عن الضرر، فإن دعوى رجوع المقاول على منتج مواد البناء لا تشمل المطالبة برد ثمن المواد المعيبـــــــة فقط، بل أيضا بما يكـــــــــون المقاول قد دفعه من

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 107.

2- Cass.civ1, 15 déc. 1965, Bull.civ.I, p. 547.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 108.

4- Cass.civ3., 4 novembre 1971, Bull.civ.III, n535 ; Cass.com. 5 janv. 1972, Bull. IV, n 7.

5- راجع المادة 4/1792 ق.م.ف.

6- راجع المادة 140 مكرر 1 المضافة بقانون 05-10 مؤرخ في: 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم أمر رقم: 75-58 مؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني.

تعويض لرب العمل على أساس الضمان العشري[1].

وتنقضي دعوى التعويض المرفوعة ضد المنتج من طرف المقاول بمرور 15 سنة من يوم حدوث الضرر، ولا تخضع للتقادم القصير في عقد البيع، لورود المادة 140 مكرر 1 المضافة بقانون رقم: 05-10 المذكور آنفا، والمتعلقة بمسؤولية المنتج، ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية.

1- Bonet(G) et Gross(B), « La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux », JCP.1974, I, 2602.

المطلب الثانـــــي:

حـــــدود المسؤوليـــة العقدية للمهندس المعماري عـــن عيوب البناء

تتحـــــدد مسؤولية المهندس المعماري بنـــــــــــــــاء على مدى اتساع أو ضيق المهمة المسندة إليـــــــــــــه، حيث صرح القضاء الفرنسي في هذا الصدد بأن المهندس المعماري لا يكون مسؤولا إلا عن النقائص أو العيوب التي تلحق المبنى نتيجة أخطائه في التصميم أو تقصيره في الإشراف على التنفيذ.

وهكذا، لا يكون المهندس المعماري مسؤولا عن عيوب البناء إلا في حدود الجزء الذي ساهم في إنجازه، أي في حدود حصته التي سمحت له بالمساهمة في الإنجاز[1]. فإذا كان المهندس المعماري مثلا مكلفا بإعداد التصاميم فقط، فلا يمكننا أن ننسب إليه عدم مراقبة الورشة أو سوء تنفيذ الأشغال[2].

إن مبدأ عدم مساءلة المهندس المعماري إلا في حدود المهمة المسندة إليه[3] تم تأكيده من طرف القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات[4]، إذ أن الاتجاه الحالي للمحاكـــــــم في فرنسا لا

1- Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph), op.cit., p.564.

2- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 162.

3- غير أنه لا يعتد بهذا المبدأ عند تقدير المسؤولية العشرية بسبب تقرير مبدأ التضامن بين المدنيين بها طبقا للمادة 554 من القانون المدني.

4- Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 84, p. 10.

راجع على سبيل المثال فيما يتعلق بمهندس كاف فقط بطلب رخصة البناء:

Cass.civ3, 2 nov. 1982, J.C.P. 83, éd. G, IV, 26 cité par : Liet-Veaux(G), J.-Cl, Construction Fasc.202, 1984, n. 84, p. 10.

راجع أيضا فيما يتعلق باستبعاد مسؤولية مهندس معماري، لأنه لم يؤد سوى دور كمنسق للأشغال.

Cass. civ1, 7 avril 1965 : J.C.P. 65, éd. G, II, 14238 ; Gaz. Pa. 1965, 2, 41 ; Bull. civ. I, n 1560 cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 84, p. 10.

يقر بمسؤولية كل واحد إلا في حدود مهمته[1].

وعلى ذلك، تتحقق المسؤولية المدنية للمهندس المعماري إذا لم ينفذ العقد الذي أبرمه بخطئه أو إذا أساء تنفيذه[2]، وتقوم بصفة عامة مسؤوليته العقدية بمناسبة الأضرار (العيوب أو النقائص) التي تترتب عن الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقه.

وبالتالي، فإن إخلال المهندس المعماري بالتزاماته يعد عاملا مولدا لمسؤوليته، والتي لا يمكن أن تقوم إلا على أساس تعاقدي[3]. وحسب قانون الواجبات المهنية الفرنسي يشكل ذلك مصدرا حقيقيا للمسؤولية المدنية للمهندسين المعماريين[4]، غيـــــــــر أن هذا التفكيـــــــــر تعرض للنقـــــد، لأن قانون الواجبات المهنية للمهندس المعماري هو وثيقة داخلية لأجل توقيع الرقابة التأديبية التي تمارسها المنظمة، فهو يحدد شروط القبول لممارسة المهنة وليس قاعدة قانونية احتياطية لإرادة الأطراف معبر عنها بالعقد، لذا فالقانون المدني هو وحده الذي يجب أن يؤخذ في الاعتبار في هذا المجال[5].

وتأكيدا لفكرة اقتصار مسؤولية المهندس المعماري على نطاق المهمة المسندة إليه، نصت المادة 2 من القرار الوزاري المشترك مؤرخ في: 1988/05/15، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء المذكور سابقا، على أن: "المستشار الفنـــي يمارس مهامه تحـــــــــت

1- Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 82, p. 10.

2- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 162.

3- Périnet-Marquet (H), op.cit., p.16.

4- M.D Charvet, La responsabilité des architectes, thèse Aix 1967, p. 215 s.cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, n.98, pp.11, 12.

5- Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.98, pp.11, 12.

إن القانون المدني الجزائري هو أيضا لم يحدد التزامات المهندس المعماري بشكل مفصل، وإنما اقتصر على إيراد بعضها فقط وهي: وضع التصاميم وإعداد المقايسة من جهة، والإشراف على الأعمال والرقابة على تنفيذها من جهة أخرى، كما أن المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المذكور آنفا، لم يتعرض هو الآخر لالتزامات المهندس المعماري تجاه عميله بشكل مفصل، وإنما اقتصر فقط على ذكر بعضها، وهي تصور بناء ومتابعة إنجازه، وذلك في المادة 8 منه.

مسؤوليته الكاملة، وفـــــي إطار الالتـــزامات التعاقدية التي تربطه برب العمل".

ونفس المعنى نصـــت عليه المادة 21 من نفس القرار.

كما أكدت المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري المذكور آنفا، على ضرورة تحمل صاحب العمل مسؤولية جميع الأعمال المهنية المنوطة به.

إن قوام مسؤولية المهندس المعماري هو الخطأ الفني الذي يصدر منه أثناء تنفيذه المهام الموكلة إليه، وهو إما أن يكون خطأ في التصميم أو خطأ في الإشراف على التنفيذ، وهذا الالتزام الأخير (الإشراف على التنفيذ) على قدر كبير من الأهمية، وذلك فيما يتعلق بمسؤولية المهندس المعماري سواء كانت عقدية أو تقصيرية[(1)].

ويكون المهندس المعماري مسؤولا وفقا للمسؤولية العقدية للقانون العام أيضا فـي حالة الإخلال بالالتزام بالنصح أو عدم المطابقة أو التأخير أو تجاوز كلفة الأشغال[(2)].

ويظـــهر القضـــــــــــــاء الفرنسي فيـــــما يتعلق بمسؤوليـــــــــة المهندس المعماري موقفا أقل صرامـــــــــة مشبها إياه بلا شك بأنه مقدم خدمة ذهنية، وهو لا يشارك إلا بصفة غيـر مباشرة فــــي صناعة الشـــيء. ويؤكد بعض الشراح بأنه لا يتحمل التزام بنتيجة، ومن المؤكد بأن هذه النظرة منتقدة أو مشكك فيها، لأن المهندس المعماري ملزم بالقيام بتسليم عمل خال من العيوب[(3)].

وعليه، تتحـــــقق مسؤولية المهندس المعماري عن أخطائه في تصميم المنشأة(**الفرع الأول**) أو بسبب تقصيره في الإشراف على التنفيذ(**الفرع الثاني**)، وأخيـــــــرا، قد تقوم مسؤوليتـه في حــــــــــال

- -

- -

1- Malinvaud (Ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.61.

2- Karila (J.-P), « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », op.cit., p.310, col.1 et 2.

3- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er Avril 1991, op.cit., p. 852.

إخلاله بالالتزام بالنصح(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: مسؤولية المهندس المعماري عن الخطأ في تصميم المنشأة:

يتحمل المهندس المعماري المسؤولية عن عيب التصميم الذي وضعه[1]، وبالتالي فإنه يكون مخلا بالتزامه إذا لم يراع عنـــد وضع التصميم الشروط والمواصفات المدرجة فـــــــي العقد أو خـــــالف الأصول الفنية، حيث أكد المشرع على ضرورة أن يكون التصميم مطابقا للمواصفات والشروط التعاقدية من جهة، وألا يكون مخالفا للأصول الفنية من جهة أخرى[2].

وهكذا، فإن مجرد عدم تحقق هذه النتيجة يعد سببا كافيا لإثارة المسؤولية التعاقدية للمهندس المعماري.

ومن الثابت أن الأخطاء في التصميم يمكن ردها إما إلى عدم مراعاة الأصول الفنية للمهنـة وتقاليدها، أو إلى عدم احترام النصوص القانونية والتنظيمية للبناء، كتجاوز الحد الأدنى للارتفاع المسموح به قانونا أو عدم التقيد بالارتفاق القانوني[3].

وقد يتخذ خطأ التصميم شكل عدم المطابقة إذا كان التصميم الذي تم انجاز البناء وفقا له مخالفا للاتفاق[4]، والقضية النموذجية تنصب حول خطأ في تثبيت المبنى منسوب للمهندس المعماري، إذ لاشك أنه لا يوجد أي عيب داخلي في العقار، ومع ذلك أقرت المحاكم بأن العقار قد أصبح غير صالح للغرض المعد لأجله، لأن تهدمه تم الأمر به[5].

1- راجع المادة 555 من ق.م.

2- راجع المادة 21 فقرة أولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

3- Liet-Veaux(G), Juris-classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n 63, p. 9.

4- Liet-Veaux(G), Juris-classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n 65, p. 9. – Voir aussi : Cass. civ3, 6 fév. 1969 : Bull. civ. III, n. 109.

5- Civ3., 10 juil. 1978, J.C.P. 1979. II. 19730, obs. Liet- veaux ; Cass. Civ3., 10 juil. 1978 : JCP G 1978, IV, 293 et JCP G 1979, II, 19130, obs. G. Liet-Veaux ; Cass.civ3., 5 mai 1982 :

وأيا كان شكل الخطأ في تصميم البناء، فإن المهندس المعماري يسأل وفقا لأحكام المسؤولية التعاقدية للقانون العام عن الخلال الناتجة عنه[1].

ومن الأهمية بمكان أن نستعرض في ما يلي بعض مظاهر الخطأ في تصميم الأعمال:

أولا- عدم مراعاة النصوص القانونية و التنظيمية للبناء :

يلزم المهندس المعماري عنـد وضعـه للتصاميـم بمراعـاة الالتزامـات التـي يفرضها قانـون التهيئـــــة والتعميـر، والتنظيمات المتخذة لتطبيقه، وكـذا الرخص التـــــي تسلـم وفقـا لأحكامهـا[2] وبصورة عامة، هي تلك القواعد التي يتوقف على مراعاتها منح رخصة البنـــاء[3]، وتستهدف الحفاظ على الصحة والأمن العمومي[4].

ولا شك أن عدم مراعاة القيود القانونية والتنظيمية للبناء عند تصميم الأعمال يشكل خطأ في التصميم، كالبناء على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به هذه القوانين، أو تجـــــاوز الارتفاع المسموح به قانونا، أو البناء على أبعاد تخالف القوانين واللوائح كأن يخرج البناء على خط التنظيم[5].

وخط التنظيم هو الخط المعتمد الذي يحدد الطريق بين الأملاك الخاصة والمنفعة العامة[6].

Bull. civ., 1982, III, n° 113, p. 80 ; Cass.civ3., Nov. 1982 : Bull. civ. 1982, III, n° 209, p. 157 ; civ3., 25 juin 1985, Bull. civ. III, n 100, p. 76 cités par : Rémy(Ph), Rev. Trim. Dr. Civ. 86(1) janv.- mars 1987, p. 117.

1- Cass. civ3, 7 nov. 1984, arrêt n. 1332 cité par : Liet-Veaux(G), J.cl, Construction, Fasc.203-1 1990, n 69, p.9.

2- راجع المادة 77 فقرة 2 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة و لتعمير، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

Voir aussi en ce sens, Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 198.

3- Saint-Alary(R), op.cit., p. 121.

4- Ibid., p. 122.

5- Planiol (M) et Ripert (G), op.cit., p. 195. Voir aussi dans le même sens :

عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 119، محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 103.

6- هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص 53.

وعلى ذلك، يجــــب علـى المهندس المعماري أن يراعــي فـــــي تصميماته أوامر تنظيم البنـــــاء وقواعده، وألا يستجيب لرغبات رب العمل المخالفة لتلك القواعد، وإلا قامت مسؤوليته[1]، كما يجب على المقاول أن يرفض التنفيذ إذا كان التصميم مخالفا للقوانين تحت طائلة تحمل المسؤوليـــة[2]، فالمقاول على غرار المهندس المعماري يلتـــزم بضمان مطابقة البناء لرخصة البنـاء ولقواعد العمران[3].

ثانيا- التقصير في الرقابة على تنفيذ أعمال الخرسانة المسلحة[4]:

إن مهمة إعداد حسابات الخرسانة المسلحة تعد مهمة حساسة، وهـي من أهم المهام الملقـاة علـى عاتـق المهنـدس المعمـاري[5] الذي يجـب أن يراعـي فـي وضـع تلك الحسـابات طبيعـة التربـة وتكوينهـا الجيولوجي ومدى قدرتها على تحمل أثقال البناء المزمع إقامتـــــه عليها، وهذا يتطلب منه أن يكـــــون علـى إطلاع تام بكـــــــــــل تفاصيل المشـــــروع المراد تنفيـــــــذه[6]، لأنه في حالة إغفاله ذلك قد يؤدي به الأمر إلى القيام بوضع أساسات غير قادرة على حمل البناء المشيد، كأن تكون الأساسات مستنـدة إلى طبقـة غيـر صلبة من الأرض، أو تكـون قواعد البنـاء(الأعمدة الخراسانية) غير كافيـة مـن حيـــــــث عددها أو نسبـــــــة تكوينهـا مـــــــن المـــــــواد كالاسمنـــــت والحديـــــــــد

1- Paris, 19 nov. 1959, G.P, 1960, I, p.100.

2- راجع ص 259 وما بعدها من هذه الأطروحة.

3- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 198.

4- لما كانت جودة الأشغال تتوقف عادة على نوعية الخرسانة المسلحة وتوافرها على نسبة كافية من الاسمنت والحصى في تحضيرها، أوجب القانون على صاحب المشروع أن يتضمن ملف طلب رخصة البناء على عينة منها، وذلك بعد زلزال بومرداس بتاريخ 23 ماي 2003.

5- إن مهمة إعداد أو وضع حسابات الخرسانة المسلحة يغلب أن يقوم بها المهندس المعماري الذي يعهد إليه بتصميم الأعمال الإنشائية (البناء)، ولكن قد يلجأ رب العمل إذا اقتضت الضرورة الفنية إلى مهندس أخصائي لوضع حسابات الخرسانة المسلحة، كما أنه قد يفضل المهندس المعماري نفسه في سبيل تنفيذ مهمة وضع التصاميم الإنشائية اللجوء في الشق المتعلق منها بحسابات الخرسانة المسلحة إلى متخصص أكثر منه دراية في هذا المجال. راجع، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 71، 72.

6- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 312.

وإلى غير ذلك مما تقتضيه أصول الفن المعماري[1].

ويعد عدم التحقق من حسابات الخرسانة المسلحة أحد مظاهر الخطأ في التصميم[2] الذي يسأل عنه المهنـدس المعماري(الإنشائي) سواء وضعها هو نفسه أو وضعها متخصـص آخر بناء علـى طلبـه[3]، وإن كـان هنـــــاك اتجـــــــاه فـــي الفقه الفرنســـي يرى بأن المهندس المعماري(الإنشائــــــي) يضمن الخطأ في حسابات الخرسانة المسلحـة التي وضعها متخصـص تدخل بنـاء علـى طلـب رب العمـل أو المقـاول[4]، على اعتبار أن حسابات الخرسانة المسلحـة تتعلق بمهمة تصميـــــــم الأعمـال وليس بمهمة التنفيذ[5].

ثالثا- عدم مراعاة الظروف الجوية(المناخية)[6]:

يجـــــب على المهندس المعماري أن يراعــــــي عند قيامه بوضـــــــع التصميـــــــم الظروف المناخيـــــة أو الجويـة في المنطقة التي يراد تشييد البناء فيها وتأثير مختلف العوامـل الجويـة الناتجـة عن قـوى الطبيعـة الخارجيـة وفقا لظروف المكان[7]، إذ لا يعفى من المسؤولية عن عدم مراعاة ذلك إلا بالنسبة لتلك الظروف الجوية التـــي لا يمكـــــن لأي مهندس ذي خبـــــــــرة عالية فــــــي

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 312.

2- Paris 2 déc. 1959, Gaz. Pal. 1959, 2, 348 cité par : Liet-Veaux(G), J.cl, Construction Fasc.202, 1984, n 103, p.12.

3- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 71، 72.

4- نفس المرجع، ص 71.

5- Caston(A), op.cit., p. 189.

6- يفرض المشرع على صاحب المشروع تقديم كشوف المناخ وسوء الأحوال الجوية للمنطقة المراد البناء فيها ضمن برنامج المشروع، وهذا لأجل تمكين المهندس المعماري من وضع تصميم يتلاءم مع الحالة الجوية للمنطقة. راجع، المادة

17 فقرة 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجـــــــــر ذلك المذكور سابقا، كما نص في المادة 4 فقرة 2 و 3 من قانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 على ضرورة مراعاة الظروف الطبيعية لبعض المناطق، وكذلك المناطق المعرضة للزلازل.

7- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 310، 311.

مجال تخصصه توقعها أو الوقاية منها[1].

ويكون المهندس المعماري مخلا بالتزامه بمراعاة الظروف الجوية إذا وضع تصميمات العقار بشكـــــــل لا يكفـــــل له الصمـــــود أمام الرياح القويـة والأعاصيـــــــر، وذلك بتوسيـــــع أساساتـه وتقويتـــــهـا ودعمهـا بالأربطـة الخرسانيـة اللازمة، بحيث تكفل له المتانة في مواجهة التيارات[2] وقد جاء في قضية مصر الجديدة، أنه من أسباب انهيار العقار "ضعف وسوء اختيار النظام الإنشائي للعقار لمقاومته القوى الأفقية الناتجة عن تأثير الرياح، مما تسبب في زيادة الإجهادات على قطاعات الأعمدة.."، وإذا كان مصمم العقار قد أخذ في اعتباره تأثير الرياح وزيادة مساحات قطاعات الأعمدة لتتحمل الأحمال الواقعة عليها مع جودة التنفيذ، ما كان العقار أن ينهار، وكان قد تحمل آثار الزلزال، ومما يؤكد سوء النظام الإنشائي(التصور الهندسي للبناء) أن التربة أسفل الأساسات لم يحدث بها أي انهيار أو تشققات نتيجة للزلزال[3].

لذلك، يجب على المهندس المعماري عند وضعه للتصاميم والمقاييس أن يكون علـى دراية تامة بالظروف الجوية للمنطقة التـي يراد تشييد العقار فيها وإلا كان مســـــؤولا عـن الحـــــادث[4] وعليـه أن يبـذل فـي سبيـل ذلك، كل ما لديه من إمكانات علمية وخبرة، وهذا كله لكـي يكفـل للعقـار كـل عوامل الصمود أمام عوامل الطبيعة الخارجية التي ستحدث مستقبلا باستثناء ما يعد من قبيل القوة القاهرة[5].

1- هدى حامد قشقوش، "حدود المسؤولية الجنائية عن أسباب انهيار المباني أثناء الكوارث الطبيعية"، بحث مقدم في ندوة فايد في الفترة من(22-23) مارس 1993، جامعة عين شمس، القاهرة، ص 145. مشار إليه فـــــــــي: عمرو طه بدوي محمد علـــــــي، مرجع سابق، ص 311، هامش رقم:(1).

2- Cass.civ., 9 mars 1965, Bull.civ.1965, I, n 174, p. 131cité par : عمرو طه بدوي محـــــــــمد علـــــــــي، نفس المرجع، ص 311، هامش رقم:(2).

3- هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص ص 51، 52.

4- عبد الكريم عبد المالك، مشار إليه في: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 311، هامش رقم :(3).

5- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 311.

الفرع الثاني: مسؤولية المهندس المعماري المكلف بالإشراف على الأشغال[1]:

يجب على المهندس المعماري أن يضمن تنفيـذا لالتزامـه بالإشـراف علـى التنفيـذ، مطابقـة الأشغـال للتصاميـم والمقايسـة من جهة، ولقواعد الفـن مـن جهـة أخرى، وإلا كان مخـلا بالتزامه الأمر الذي يعرضه للمسؤولية.

وعموما، تقـوم مسؤوليـة المهندس المعمـاري المشرف إذا كانت المنشـأة غيـر مطابقـة للدراسـة أو لقواعـد الفـن..الخ، لأن مسؤوليته لا تكون قاصرة عن أخطائه فـي التصميـم فقط، بل تمتـد إلـى الأخطـاء التي يرتكبها المقاول عند تنفيذه للتصميم أيضا.

كما قد يشترك المهندس المعماري مع المقاول في المسؤولية عن أخطاء هذا الأخير في تنفيذ الأشغال[2].

أولا- مسؤولية المهندس المعماري عن عدم مطابقة الأشغال:

لا نقصد بعدم المطابقة هنا المفهوم الضيق لها، كعدم مطابقة حوض السباحة مثلا للمواصفات المتفق عليها، فالبناء في هذا الفرض لا يكون مطابقا للوثائق التعاقدية[3]، وبالتالي يكون المهندس المعماري مسؤولا حتما عن عدم مطابقة الأشغال للوثائق المعتمدة من طرف رب العمل[4]، بل المقصـــــود بعـدم المطابقـــــة في هذا الصدد هو

عدم مطابقة الأشـ ـ ـغال للدراسـ ـ ـ ـ ـ ـة الهندسيـ ـ ـ ـة والتقنية، ولقواعد الفن والنصوص التنظيمية للبناء.

وعدم المطابقة في مثل هذه الحالة سوف يؤثر بشكل سلبـ ـ ـي على جـ ـ ـ ـ ـودة الأشغال وخلـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـوها

- -

- -

1- واجب الرقابة هذا يثار عموما فيما يتعلق بالضمان العشري. راجع:

Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n 120, p. 14.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 113. راجع أيضا، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 103.

3- Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 63, p.9.

4- Cass.civ3, 3 mai 1978 : Bull. civ. III, n. 175 cité par : Liet-veaux (G), J.-cl, Construction Fasc.202, 1984, n. 126, p.14.

من العيوب(النقائص)، أما فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي الفرض الأول، فإن جودة المنشأة(العمل) لا تتأـ ـ ـ ـ ـ ـ ـار فـ ـ ـ ـي الغالب وإن كانت تصاحبها أحيانا نقائص(سوء الصنعة)[1].

أ- حالة عدم مطابقة الأشغال للدراسة:

لا تقتصر مسؤوليـ ـة المهندس المعماري عن عيوب البناء التي ترجع إلى أخطائه فـ ـي وضع التصميم في حد ذاته، بل يسأل أيضا عن الأخطاء التي تصدر من المقاول عند تنفيذه لهذا التصميم[2]، سواء كان موضوعا من قبله أم لا، لأن الغرض من رقابة الأشغال هو تفادي وقوع النقائص في إنجاز المباني.

وفي هذا الصدد، فإن تقصير أو إهمال المهندس المعماري في تنفيذ مهمة الرقابة على الأشغال وإدارتها يستغرق خـ ـ ـ ـ ـطأ المقاول خاصـ ـ ـ ـة فيـ ـ ـ ـ ـما يتعلق بتحقيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـق مطابقة الأشغال للدراسـ ـة، وهو ما يجعل المهندس المعماري يتحمل

المسؤولية وحده دون أن يشترك معه فيها المقاول، وإن كان هذا الأخير ملزم أيضا باحترام مطابقة الأشغال للمشروع[3]، لكونه رجل فن.

ويمكن الاستدلال على ضرورة أن يكون تنفيذ الأشغال مطابقا للدراسة الهندسية من خلال ما نصت عليه المادة 21 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء المذكور آنفا، التي جعلت المستشار الفني هو **الضامن لتطابق الإنجاز مع الدراسة** التي صممها. ويلعب دور المنشط للورشة والمراقب لها"، وبالتالي فهو المسؤول المباشر عن ذلك.

ولتحقيق مطابقة المشروع للدراسة، نص قرار 31 ديسمبر 1963، المتضمن المصادقة على الشروط الإدارية العامـــة المذكـــور سابقا، في المادة 12 نطة 3 منـــه، على ضرورة تمكـــــين

1- Liet-veaux (G), J.-classeurs, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 63, p.9.

2- مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص 28. راجع أيضا، زهدي يكن، مرجع سابق، ص 199.

3- Cass.civ3, 19 mars. 1969, Bull.civ.III, n243 cité par : Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er Avril 1991, p. 513.

المقاول من كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع، وعن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال، وهذا ما قرره أيضا قانون تنظيم المباني في مصر، حيث نص على وجوب الاحتفاظ بالرسومات المعتمدة في موقع التنفيذ لمطابقة الأعمال التي يجري تنفيذها عليها[1].

ب- حالة عدم مطابقة الأشغال لقواعد الفن:

يجب على المهندس المعماري أن يراعي عند تنفيذ التزاماته وخاصة منها وضع التصميم ما تقتضيه مهنته من أصول فنية[2]، فيسأل المهندس المعماري بذلك عن التنفـــيذ وفقا لقـواعد الفـــن[3]، لذا يجب عليه إذا اقتضى الأمر، أن يرفض توجيه الأشغال غير

المطابقة لقواعد الفن أو للتنظيم[4]، إذ أنه يلعب دور المنشط للورشة والمراقب لها[5]، ويتعرض بذلك لجزاء الخصم من مستحقاته في حالة عدم مطابقة الأشغال للقواعد الفنية بسبب تقصيره في متابعة الورشة[6].

وقد استقر القضاء الفرنسي على عدم جواز إعفاء المهندس المعماري من المسؤولية نتيجة خطئه الجسيم باعتباره رجل فن[7]، مما يعني إشراك المهندس المعماري مع المقاول في المسؤولية عن خلل البناء الناتج عن عدم مراعاة قواعد الفن وأصوله[8]، غير أن خطأ المقاول يكون عادة أكثر جسامة[9].

وقد أقر صاحب العمل مراعاة للأزمة الاقتصادية لرب العمل، مادة ذات جـــــودة ناقصة، لأجـــــل

1- راجع المادة 11 من قانون رقم: 106 لعام 1976، المتعلق بتوجيه وتنظيم أعمال البناء.

2- Civ3., 13 juin 1979, D.1979.I.R.499 ; J.C.P.1979.IV.275 cité par : Malinvaud (ph) et Bernard (B), Rev. Dr.Immob, 1980, p.434.

3- Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 96, p. 11.

4- http://www.chevalier-associes-avocats.fr/question-quel-est-le-regime-de-la-responsabilite-de-larchitecte/

5- راجع المادة 21 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المذكور آنفا.

6- راجع المادة 43 فقرة أولى من نفس القرار.

7- Liet-Veaux(G), J.-classeur, Construction, 1984, Fasc. 202, n 10, p. 3.

8- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 249.

9- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 103.

العزل الحراري [1]، وكذلك عندما ألغى كلية وببساطة الحماية الحرارية، وتغليف سقف أعلى المنزل، فهذا يعتبر بكل بساطة مخالفة جسيمة لقواعد الفن خاصة عندما يتم التشييد aux Antilles [2].

ويمكن انتهاك قواعد الفن بواسطة عيب في البناء أو إهمال في الرقابة حتى ولو احترمت كل النصوص التنظيمية للبناء[3].

ج- عدم مطابقة الأشغال للقوانين واللوائح التنظيمية :

تجدر الملاحظة هنا أن عدم مراعاة القيود المتعلقة بالبناء لا ينجم عنه في الغالب أي عيب فني للبناء، لكن من ناحية أخـرى عدم مطابقة البناء للمواصفات المتعلقة بقـواعد التنظيم ولوائحه، أو للترخيص بالبناء قد يرقى إلى مرتبة العيب في البناء بالمعنى الفني المقصود[4].

إن مخالفة قوانين البنـــاء ولوائحه قد لا يتعلق بالتصميـــــــــم في حــــــد ذاته، بل بأعمال التنفيــــذ وفي هذه الحالة يكون المقاول عادة هو المسؤول عن هذه المخالفة، ولكن قد يشترك المهندس المعماري معه في المسؤولية متى كان مكلفا بالإشراف على التنفيذ.

ثانيا- مسؤولية المهندس المعماري عن الأخطاء المادية في التنفيذ :

يجب أن نشير في البداية إلى أن أخطاء المقاول في تنفيذ البناء ترجع عموما إلى مخالفته القواعد الفنية والأصول المهنية، وهذه المخالفة لا شك أنها تؤدي إلى تصدع البناء وتعريضه أحيانا لخطر الانهيار.

1- Civ3., 13 juin. 1979, D. 1979, IR, 499 ; J.C.P. 1979, IV, 275 cité par : Malinvaud (ph) et Boubli(B), Rev. Dr.Immob.1980, p.434.

2- Civ3., 21 mai 1980, J.C.P. 1980. IV.299 cité par : Malinvaud (ph) et Boubli(B), Rev. Dr.Immob.1980., p. 434.

3- V. Liet-Veaux(G), J.-classeur, Construction, 1984, Fasc. 202, n 202, p. 20.

4- أنظر، محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 97، هامش رقم: (207).

والأصل أن عيوب التنفيذ إنما يتحمل مسؤوليتها المقاول، طالما كان دوره ينحصر في التنفيذ المادي للأعمال.

ومع ذلك، قد يسأل المهندس المعماري إلى جانب المقاول عن عيوب التنفيذ إذا كان مكلفا بالإشراف على إنجاز المشروع[1]، وفي هذا الصدد لم تجعل المادة 555 من ق.م المهندس المعماري مسؤولا عن عيوب التنفيذ إذا كان مكلفا بوضع التصميم فقط.

وتجدر الإشارة، أن المهندس المعماري يسأل عن عيوب البناء الناجمة عن أخطاء المقاول في التنفيذ حتى ولو لم يكن هو الذي اختاره[2]، لذا يكفي حتى تقوم مسؤولية المهندس المعماري أن يكلف فحسب بالإشراف على التنفيذ، ولا يهم إن كان قد وضع التصميم أو وضعه آخر[3].

ولكن هل يسأل المهندس المعماري عن سوء الصنعة مسؤولية كاملة أم يتحمل فقط جزءا منها في حدود ما يكون قد صدر منه من خطأ؟[4]، هذا ما دفع في الحقيقة بجانب من الفقه الفرنسي إلى البحث في هذه المسألة الهامة[5].

1- إن إهمال المهندس المعماري في القيام بمهمة الإشراف على التنفيذ على أكمل وجه يعد عيبا في الصنعة حسب القضاء الفرنسي الغالب، وعلى العكس من ذلك تماما، لا يعتبر هذا الإهمال عيبا في البناء حسب بعض أحكام هذا القضاء. أنظر على سبيل المثال:

Cass.civ., 7 Fév.1962, D. 1962, 433, note Esmein.- Cass.civ., 8 juil. 1963, Bull.civ 1963, 371, 320 cités par : محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 102، هامش رقم:(227)

2- مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص 29. راجع أيضا، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 100.

3- إذا كان التصميم الذي يجري التنفيذ وفقا له من وضع مهندس آخر غير المهندس المشرف، كان هذا الأخير مسؤولا عن عيوبه التي لا يمكن أن تخفى على من في مستواه الفني.

4- لم تتطرق المادة 555 من ق.م إلى هذه المسألة، وإنما اقتصرت على تقرير مسؤولية المهندس المعماري عن العيوب الناجمة عن التصميم دون العيوب التي ترجع إلى التنفيذ، هذا ما لم يكن مكلفا بالإشراف على الأشغال.

5- V. Cornu (G) : « La responsabilité personnelle de l'architecte au cas de mauvaise exécution des travaux par l'entrepreneur », Rev. Tr. Dr. Civ, 1962, p. 671.

وقد اعتبر القضاء الفرنسي المهندس المعماري مسؤولا عن الخروقات المنسوبة للمقاول بصفته كفيــــــــلا لهذا الأخير متـــــــــــــــى كان ملتـــــــــــــــــــزما بالرقابة على الأشغال[1]، إذ أنه يدير العمـــــــــــل ويعطي التعليمات اللازمة لتنفيذه طبقا للتصميمات وقواعد الفـــــن، ويشرف علـــــــــى حسن هذا التنفيـــــــذ[2]، وبالتالي، فإنه يساهم في العمل المادي الذي يقوم به المقاول[3] ولو بطريقة غير مباشرة.

فخطأ المقاول يكون مؤكدا كلما ظهر عيب في البناء، ويستخلص منه بالضرورة خطأ المهندس المعماري في الرقابة، وبالتالي لا يعتبر خطأ المقاول سببا معفيا من المسؤوليـة بالنسبة للمهندس المعماري إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة[4].

وعلى ذلك، يجب على المهندس المعماري أن يبذل في القيام بمهمة الرقابة على تنفيذ الأشغال عناية من في مستواه الفني، فإذا لم يبذل العناية المطلوبة كما لو أهمل في القيام بزيارات منتظمة للورشة (لموقع العمل)، أو أهمل في إجراء اختبارات للأشغال المنجزة، أو سمح بإجراء تغييرات أو إدخال تعديلات على المشروع دون إذن مسبق من رب العمل، وكان من شأن ذلك أن أصبحـــــــــت الأشـــغال غيـــــــر صالحة للغرض الذي أعدت له، فإن مسؤوليتـــــــه تتـــــــــــــور عن عــــــــدم وفائـــــــــه بالتـــــــزاماته العقدية، ولا يحق له الرجوع بما دفع من تعويض لرب العمل علــــــى

1- V. Cass.cvi3, 30 mai 1962, J.C.P. 1970, 2, 16443, note (G) Liet-Veaux.

أشار إلى هذا القرار، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤوليـــــــــــــة العقـــــــــــــدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجـــــــــع سابـــــــــق، ص 62 هامش رقم:(1).
2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 100.
3- أنظر، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 223.
4- Req., 16 Mai 1904, D.1905, 1, p.352, S. 1910, 1, 132 cité par : محمد ناجـــي ياقوت، مرجع سابق، ص 248، هامش رقم: (582).

ولما كان المهندس المعماري والمقاول لا يجمعهما أي رباط قانوني تعاقدي، فإنه لا يجوز للمهندس المعماري لأجل استبعاد مسؤوليته الخاصة أن يتمسك بالصفقة التي تربط رب العمل بالمقاول، لأنه لا يعتبر طرفا فيها. راجع:
Cass.civ3., 5 juin.1970, Bull.civ.III, n. 381

المقاول، لأن خطؤه ثابت في عدم قيامه بالتزامه كما يقتضيه العقد[1] .

وقد قضي بأن المهندس المعماري الذي لم يقم بمراقبة تنفيذ الأشغال بعناية، ولم يتدخل بملاحظته إلا بعد انتهاء عملية البناء يكون مسؤولا تجاه رب العمل[2]، كما أقر القضاء الإداري الفرنسي نفس الحل، حيث اعتبر المهندس المعماري مسؤولا بالتضامن مع المقاول عن العيوب التي وقعت في التنفيذ[3] متى كان إخلال المهندس المعماري بملاحظة الأعمال جسيما[4].

الفرع الثالث: مسؤولية المهندس المعماري عن إخلاله بواجب النصح والإرشاد:

يجازى الالتزام بالنصح تقليديا طبقا للمسؤولية التعاقدية للقانون العام، وذلك على غرار الالتزام بالتحذير[5].

والالتزام بالإعلام والنصح هو التزام تبعي، فرضه القضاء الفرنسي على عاتق المهنيين لصالح المتعاقدين معهم ممن لا يملكون الخبرة والتخصص في مجال النشاط المهني موضوع التعاقد [6].

وبالفعل أقر القضاء الفرنسي هذا الالتـــــزام في عقد المقاولة بصفة عامة[7] لاسيما عقـــــــــد مقاولـــــة

1- Cornu (G) : Article précité, p. 671.

2- Cass.civ3, 4 juil.1973, D.S. 1974, 233 et note J.Mazeaud cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl Construction, Fasc.202, 1984, n. 180, pp. 14, 15.

3- C.E. 6 mai. 1960 cité par: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص117، هامش رقم:(80)

4- أنظر الأحكام المشار إليها في: محمد شكري سرور، نفس المرجع، ص 314، هامش رقم: (46).

5- Karila (J-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants dans la matière immobilière », op.cit., p. 4, col.2.

6- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 51.

7- أحمد عبد العال أبو قرين، نفس المرجع والصفحة.- أنظر كذلك:

B. Boubli, Rép. Civ., Contrat d'entreprise, n 87 et s cité par : Philippe Rémy, « Devoir de renseignement entre deux entrepreneurs participant à une même opération », Rev. Trim. Dr.Civ., 1984, n. 2, pp. 523,524.

البناء[1]، وهو التـــــزام تبعـــــي للالتـــزام الرئيسي للمقاول[2]، وتبعا لذلك، يلـــــزم كل مـــــن المقـــــاول والمهندس المعماري بإعلام وتقديم النصح لرب العمل[3].

ويلزم المهندس المعماري بتقديم النصح والمشورة لعميله خلال مراحل البناء المختلفة، أي أن هذا الالتزام يثقل كاهل المهندس المعماري قبل البدء في الأشغال، وخلال التنفيذ، وبعد الإنجاز[4].

والجدير بالذكر، أن القضاء الفرنسي قد أثبت تدريجيا الالتزام بالإعلام والنصح الواقع علـــى مؤجري العمل، وهذا الالتـــزام يثقل بصفة رئيسية المهندس المعماري[5] أو التقني، غير أن المقاول لا يعفى مع ذلك بإعلام عميله في إطار مهامه، وحتى في حضور صاحب العمل[6] لكونه رجـــل فن، وأنه ذو خبرة وتخصص في مجال البناء.

وغالبا ما يكون المهندس المعماري والمقاول مسؤولان معا بسبب واجب النصح الذي يثقل كاهل كل منهما[7].

ويجب على قضاة الموضـــــــوع بحـــث ما إذا كان صاحب العمـــــــل والمقاول قد أديا التـــــــــزامهما

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 51.

2- B. Boubli, Rép. Civ., Contrat d'entreprise, n 87 et s cité par : Rémy (Ph), « Devoir de renseignements entre deux entrepreneurs participant à une même opération », op.cit., pp. 523, 524.

3- راجع، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 51.

4- نفس المرجع، ص 54.

5- Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.86, p.11.- Voir aussi, Cass.civ3., 29 janv.1992, JCP 1992, IV, 924 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.197, note(1).

محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 55، 56.

6- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.197.

7- Cass. Civ3., 15 déc. 1982, arrêt n. 1772 cité par : Liet-veaux(G), J.-cl, construction, Fasc.202 1984, n. 45, p. 7.

بالنصح على نحو جيد مهما كانت كفاءة رب العمل[1].

والالتزام بالإعلام لا يتحول إلى مجرد التحذير، كما إذا أشار مهندس معماري بأن الأشغال ستتسبب في خلال للملكية المجاورة، وترك بشكل خاطئ لرب العمل بجهله بأن هذه الخلال التي ستحدث غير قابلة للاجتناب[2].

وينصب الالتزام بالإعلام أساسا حول الأخطار المرتبطة بطريقة عمل معينة[3]، بمادة معينة[4]، أو حتى بقرار بناء إذا كانت المنشأة المستقبلة ستتسبب في أضرار لعقار مجاور أو تعيق بشكل كبير الجيران[5].

وفيما يلي نتعرض لمسؤولية المهندس المعماري عن إخلاله بواجب النصح عند تصور المشروع(**أولا**)، وأثناء سير الأشغال(**ثانيا**)، وأخيرا عند الاستلام(**ثالثا**).

أولا- مسؤولية المهندس المعماري عن عدم تقديم النصح عند تصور المشروع :

يفرض واجب النصح على المهندس المعماري تصور مشـ ـروع قابل للتجسيد، آخذا فـ ـ ـ ـ ـ ـي الاعتبار معوقات التربة[6]، وحسب قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 فيفري 1998: " يجب على المهندس المعماري تطبيقا لواجب النصـ ـ ـ ـ ـ ـح الذي يتحمله تجـ ـ ـ ـ ـ ـاه رب العمل أن يتصور

1- Liet-veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.88, p. 11.

2- Cass. Civ3., 9 nov. 1982, arrêt n. 1472 cité par : Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.88, p.11.

3- Cass.civ3., 11 fév.1998, Bull.civ.III, n30 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.197, note(2).

4- Civ.3, 13 juin 1979, D.1979.IR.499 ; J.C.P.1979, IV.275 cité par : Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.103, p.12.

5- Voir les arrêts cités par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 197, note(4).

6- Civ3., 24 fév. 1988, Bull. civ. III, n40; 3 juill. 1996, Bull.III, n166; JCP 1997, II, 22757, note Ph. Le touneau cités par: Malinvaud (ph) et Jestaz(ph), op.cit., p.197, note(8).

مشروعا قابلا للتجسيد، آخذا في الحسبان معوقات التربة"[1].

وبذلك، فإن وضـ ـ ـ ـ ـ ـ ـع تصـ ـ ـ ـور للمشـ ـ ـ ـ ـروع يقتضي من المهندس المعماري إجـ ـ ـ ـ ـ ـراء دراسة للتـ ـ ـ ـ ـربة، وغياب دراسات التربة وعدم ملاءمة الأساسات يثير مسؤولية المهندس المعماري[2].

وكقاعدة عامة، يلتـــــــــزم المهندس المعماري تجـــــــــــاه رب العمل بالقيام بتحليل لباطن التربة والتربة لأجل معرفة مقاومة الأرض وتركيبتها الجيولوجية حتى يتمكن من تشييد عقار على أساسات قوية[3]، وتكون مسؤولية المهندس المعماري في الغالب كاملة، حيث لا يعد المقاول مرتكبا لأي خطأ[4].

ويتحمل المهندس المعماري رفض البناء على أساسات لم تقدر حسب الفحـــص لحالة التـــربة وللبناء المراد تشييده[5]، ويكون المهندس المعماري مسؤولا عن سوء حساب الأساسات[6]. وقد قضي كذلك بأنه يجب على صاحب العمل تمهيديا لاختيار مكان تثبيت المنزل، إجراء تحريات يقظة خاصة بالغوص فــــي الأعماق لأجـــــــل مراقبة استقـــــرار التراب[7]، كـــــما أدين صاحـــــــب عمـــــــل

1- Cass. Civ3., 25 févr. 1998 : Juris-Data n° 1998-000835 ; Rev.Dr.Immob. 1998, p. 258.

2-http://www.chevalier-associes-avocats.fr/question-quel-est-le-regime-de-la-responsabilite-de-larchitecte/Consulté le : 21/11/2013.

3- Cass. Civ1., 9 mars 1965 : Bull. Civ. I, n. 174 cité par : Liet-veaux(G), J.-cl, construction, Fasc.202, 1984, n. 105, p. 12.

4- Civ3., 14 déc. 1983, arrêt n. 1499 cité par : Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 106, p. 12.

5- Cass.civ3., 30 oct. 1969, Bull. civ. III, n. 693. - Cass. Civ. III, 28 mars 1977: Bull. civ. III, n. 158 ; Cités par :(G) Liet-veaux J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 107, p. 12.

6- Caas. Civ3., 19 juin 1973 : Bull. civ. III, n. 418 cité par : G) Liet-veaux, J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 110, p. 13.

7- Cass. Civ3., 29 oct. 1979, 4 mai 1984, J.C.P. 84, IV, 220 cités par : Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n. 108, pp. 12,13.

كان مكلفا بتصميم وإنجاز عقار(فيلة) على أرض كان يعلم أنها طينية (وحلية)، لأنه أخل بواجب النصح، وارتكب إهمالا جسيما على الرغم من وجود بند في العقد الذي يربطه برب العمل يقضي بأن التربة يفترض أنها كانت جيدة، لأنه تجنب عن إجراء دراسة، بواسطة مختص، يمكن أن تؤدي إلى إحداث تعديل في التصاميم التي تم وضعها دون أخذ أي اعتبار لطبيعة التربة[1].

ويبدي القضاة في فرنسا تشددا كبيرا حول تحاليل التربة حتى ولو كان العقد قد وضع هذا الالتزام على عاتق رب العمل أو المقاول. وفي كل الأحوال، يجب التأكـــد من حـــــالة التـــــربة التـــــــي سيقام عليها البناء، حيث أنه لم تتردد محكمة النقض الفرنسية في إدانة مهندس معماري لأنه لم يقم بتحليل التربة وتحت التربة، والذي كان قد كلف، مجانا، فقط بمهمة التصور.

وقد تم التصريح بالمسؤولية الكاملة بسبب التشييد على أرض صلصالية، لأن المقاول لا يكون ملزم بالبناء خلافا للحل الذي بدا ظاهريا غير خاطئ[2].

واعتبر القضاء الفرنسي المهندس المعماري مرتكبا لخطأ على قدر كبير من الجسامة لأنه لم يتأكد من طبيعة الأرض (التربة)، ولا من إمكانية الاستنـــــــــاد إلى حائط فاصـــــل(مشتـــــــرك)[3]، ويقرر القضاء الإداري في فرنسا، تقسيـــــم المسؤولية فـــــي حالة عدم إبـــــداء

1- Cass.civ3, 1 juill. 1975, Bull. civ. III, n. 227 cité par : Liet-veaux(G), J.-cl, construction, Fasc.202, 1984, n. 109, p. 13. – Voir aussi, http://www.chevalier-associes-avocats.fr/question-quel-est-le-regime-de-la-responsabilite-de-larchitecte/Consulté le: 21/11/2013.

2- Cass.civ3, 5 juill. 1983: J.C.P. 83, éd. G, IV, 298 cité par : Liet-veaux(G), J.-cl, construction, Fasc.202, 1984, n. 110, p. 13.

3- Cass.civ1, 4 juill. 1966 : Bull. civ. I, n. 339 cité par : Liet-veaux (G), J.-cl, Constructin, Fasc.202, 1984, n. 43, p. 7.

المهندس المعماري للتحفظات على اختيار الأرض[1]، وفي حالة عدم كفاية الدراسة تحت الأرض[2].

ويدخل فـ ـ ـي واجـب النصح للمهندسين المعماريين بالاستعلام عـ ـن الإمكانات المالية لزبائنهم قبل إعداد التصاميم والمقايسات، وبالتالي، فإن إعداد مشروع يتجاوز كثيرا الكلفة المحددة من طرف أرباب العمل، وعدم الإشارة في العقد إلى المبلغ التقديري للأشغال يشكل اخلالات خاطئة للمهندسين تبرر فسخ العقد من طرف أرباب العمل، و الإدانة بدفع التسبيقات "Acomptes perçus" [3].

وعلى العموم، يلزم صاحب العمل بعدم ارتكاب خطأ في كلفة البناء[4].

ويتحمل المهندس المعماري كذلك واجب الإعلام القانوني، إذ يجب أن يكون مطلعا على التنظيم والقيود الإدارية، فقد تثور مسؤولية المهندس المعماري لأن ملف طلب رخصة البناء لم يحترم مخطط شغل الأراضي، أو لأن المشروع غير مطابق لمتطلبات التأمين ضد الحريق، كما يجب عليه كذلك، أن يتحقق من حدود الأرض دون أن يثق في معلومات مخطط المسح، فقد اعتبرت محكمة استئناف Chambéry بأن المهندس المعماري كان يجـ ـ ـ ـ ـب عليه فحـ ـ ـ ـ ـص مخـ ـطط

1- Cons. D'Etat, sect. 7 avril 1967, J.C.P. 67, II, 15103 cité par : (G) Liet-veaux J-cl, construction, Fasc.202, 1984, n. 47, p. 7.

2- Cons. D'Etat 26 fév. 1982, Gaz. Pal. 1982, 2, somm.411Cité par : Liet-veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n47, p. 7.

3-http://www.chevalier-associes-avocats.fr/question-quel-est-le-regime-de-la-responsabilite-de-larchitecte/Consulté le : 21/11/2013.

4- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., pp.197, 198. Voir aussi, (G) Liet-veaux J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, p.11.

راجـــــع في نفس المعنى، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤوليـــــــــة العقـــــــدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجـــع سابق، ص ص 68، 69.

شغل الأراضي، وكذلك سندات الملكية ودفتر شروط التحصيص[1].

وإذا أسندت مهمة اختيار المقاولات للمهندس المعماري، فيجب عليه أن يقترح على عميله مقاولات تمتلك الصفات التقنية لأجل ضمان نجـــــاح المشروع، وكذلك المؤهلات الماليـــــة الكافيـــــة وتأمين المسؤولية المهنية ذات الصلاحية[2].

وعلى ذلك، فإن مسؤولية المهندس المعماري تقوم إذا اقترح على رب العمل مقاولة معروف عنها أنها غير مؤهلة، سمعتها مشكوك فيها، أو تكون غير مؤهلة لإنجـــــاز المشروع المطلوب[3]، وإذا فضل رب العمل التعاقد مع مقاولة معينة، فإنه يكون مطلوب من المهندس المعماري أن يبـــــدي من جانبه تحفظاته إزاءها قبل بدء الأشغال، وفي هذا الصدد صرحت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية مهندس معماري لأنه لم يتحقق من الكـــــــــفاءة المهنية للمقاولة، حيث يلزم صاحب العمل على الخصوص بالتحري في كفاءة المقاولين، ووجود التأمين[4].

ثانيا- مسؤولية المهندس المعماري عن عدم تقديم النصح أثناء سير الأشغال :

من الثابت أنه يجـــــب علـــى المهندس المعماري أن يلفـــــت انتباه عميلــــه إلى كل العوارض الهامة التي تطرأ بمناسبة استكمال مهمته[5].

1-http://www.chevalier-associes-avocats.fr/question-quel-est-le-regime-de-la-responsabilite-de-larchitecte/Consulté le: 21/11/2013.

2-http://www.chevalier-associes-avocats.fr/question-quel-est-le-regime-de-la-responsabilite-de-larchitecte/Consulté le : 21/11/2013.

3- Cass. Civ1., 25 juin 1963 : D. 1963, 705 ; Paris 13 mars. 1975, D.S. 1976, 616 et note (J.-p) Karila cités par : Liet-veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.86, p.11.

4- Civ3., 17 déc. 1997, RDI 1998, p.265 cité par : Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 197, note(9).

5- Cass.civ1., 25 juin. 1963, D.1963, 705.- Paris 13 mars. 1975, D.S. 1976, 616 et note Karila cités par : Liet-Veaux(G), J-Cl, Construction. Fasc. 202, 1984, n 86, p. 11.

وبصورة عامة، يجب على المهندس المعماري أن يعلم عميله حول المخاطر التي تنطوي عليها بعض الأشغال[1].

ويجب أن تكون وجهات النظـــــــر المقدمة من طرف المهندس المعماري لرب العمل واقعيـــة[2]، لذلك اعتبرت أحد القرارات القضائية أنه لا يجب على المهندس المعماري أن يكتفي بالإشارة إلى الأضرار التي يمكن أن تنجم للملكية المجاورة، بل يجب علية أن يشير إلى أن هذه الخلال التي ستحدث لا يمكن تجنبها[3].

وقد وضعت أحد القرارات مبدأ بموجبه " لا يتحمل رب العمل إقامة الدليل على عدم إخطاره من طرف صاحب العمل بالأخطار المتوقعة بالنسبة لهذا الأخير، التي يشتمل عليها تنفيذ الأشغال"[4]، وإنما المهندس المعماري أو تقني البناء هو من يتحمل عبء إثبات قيامه بهذا الإخطار[5]، رغم كونه التزاما بوسيلة[6].

ولكن التزام المهندس بالإعلام والنصح لا يجب أن يتعدى حدود المعرفة المعتادة التي يجـــــــب علـــــــى كـــل رجـــــــــل فـــــــــن أن يكـــون حـــــــــائزا لها فـــي إطـــــار مهنتـــــه[7]، وعلـــى ذلك لا يلتـــــزم

1- Cass.civ3., 15 oct. 1970 : Bull. civ. III, n. 516 cité par : Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.41, p.6.

2- Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fascl.202, 1984, n.41, p.6.

3- Cass.civ.3, 9 nov.1982, arrêt n.1472 cité par : Liet-veaux (G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.41, p.6.

4- Cass.civ3., 4 mai 1976 : D.S. 1977, 34 et note J. Mazeaud cité par : Liet-veaux(G) : J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n.87, p.11.

5- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 78.

6- Malinvau(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 198.

7- C. d'Etat, 28 av. 1989, D.1989, IR, p. 65 cité par : أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 58، هامش رقم:(2).

المهندس المعماري بتقديم النصح لرب العمل وإعلامه بالمخاطر الاستثنائية أو غير المتوقعة[1].

كما يلتزم المهندس المعماري بإعلام المقاول أيضا، وتقديم النصح له بخصوص تنفيذ الأشغال وإلا ترتبت مسؤوليته العقدية، وفي هذا الصدد، تقررت مسؤولية المهندس المعماري الذي لم ينبه المقاول بما توافر له من معلومات حصل عليها من مقاول متخصص إلى ضرورة الاستعانة بمقاول متخصص في أعمال العزل المائي، وذلك فيما يتعلق بحفر الأساسات ومعالجة الدور الأرضي[2].

ثالثا- المسؤولية عن الضرر الناتج عن عدم الإخطار أو تقديم المساعدة عند الاستلام :

في إطار تمديد الالتزام بالنصح، ألقى القضاء الفرنسي على عاتق صاحب العمل والمهندس المعماري التزاما بالمساعدة عند استلام الأشغال[3]، فيلزمون في يوم الاستلام بإظهار كل الخلال الظاهرة لرب العمل وتنبيهه إلى نقائص وعيوب البناء التي يمكن كشفها

أي التي تظهر لرجل الفن[4]، ونصحه بإبداء التحفظات[5]، وعنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـد عدم القيـ ـ ـ ـ ـ ـام بذلك، فإن مسؤوليتهم التعاقدية للقانون العام سوف تثور[6].

وعموما إذا كان المهندس المعماري مكلفا بتقديـ ـ ـ ـ ـ ـم المساعدة لعميلـه، فإنه يتحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـمل المسؤوليـ ـ ـة

- -

- -

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 58.

2- Cass.civ., 16 oct. Et 26 mai. 1984, D., 1985, p. 431 note Ph. Rémy cité par :

أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 66، هامش رقم:(1).

3- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 198.

4- Fossereaux (J), op.cit., p.23.

5- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 198.

6- Civ3., 16 déc. 1970, Bull. civ. III, n 701 ; 17 fév. 1982, Bull. civ. III, n 49 ; 30 oct.1991, Bull.civ.III, n250 ; CA Paris, 12 oct. 1994, RDI 1994, p.254 ; Civ.3, 3fév.1999, Bull.civ.III, n27 ; 27 juin 2001, Bull.civ.III, n82 cités par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), Ibid., p. 198, note(8).

إذا أهمل في لفت انتباه رب العمل إلى وجـ ـ ـ ـود عيب ظاهر[1]، ولكـ ـ ـ ـ ـن المرقـ ـي الذي كان عالما بالعيب وأمضى المحضر دون إبدائه لأي تحفظ يكون قد قدر عواقب تصرفه، ولا يمكنه أن يوجه أي عتاب ضد المهندس المعماري[2].

ويجب على المهندس المعماري وإلا كان مسؤولا إعلام رب العمل بنتائج غياب التحفظات عندما تكون الخلال ظاهرة[3]، ويلزم رب العمل في الواقع بإثبات الضرر الناتج عن واقعة غياب التحفظ التي أفقدته حق إصلاح المنشأة المعيبة، ويطالب بالتالي إصلاح الضرر ضد المهندس المعماري[4].

وبشكل عام، يمكن لرب العمل في حالة إخلال المهندس المعماري بالتزامه بالنصح أن يدعي على أساس المسؤولية التعاقدية للقانون العام لعدم لفت انتباهه إلى الخلال ولم يدعوه إما إلى رفض الاستلام أو إلى التصريح بالاستلام مع تحفظات(5).

ويطبق القضاء الإداري الفرنسي في هذا المجال نفس الحلول، مقررا المسؤولية العقدية للمهندس المعماري عن إخلاله بواجب نصح رب العمل وتقديم المساعدة له عند استلام أعمال البناء(6).

1- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 190.

2- Civ3., 2 jull. 1974, Bull. civ. III, n 321 cité par: Liet-Veaux(G), Juris-classeur, Construction, Fasc.202, 1984, n 171, p. 17.

3-Civ3, 30 ct. 1991, Bull. Civ. III, n 250 ; R.D.I. 1992, p.75 ; 9 janv.2002, R.D.I. 2002, p.153cités par : Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p.198, note (9). Voir aussi, Huet(J), op.cit., p. 1348.

4- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), Ibid., p. 190.

5- Karila (J.P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants dans la matière immobilière », op.cit., p. 6, col.2.

6- Moderne Frank, « La responsabilité décennale des constructeurs en droit public », Dalloz 1993, p. 151 et s.

المبحث الثـانـي:

نظـام المسؤوليـة التعاقدية للمقاول والمهندس المعماري عن سـوء تنفيـذ الأشغال قبل الاستـلام :

إن تحديد النظام القانوني الذي تخضع له مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بسبب سوء تنفيذ المنشأة قبل الاستلام، يقتضي بلاشك التطرق إلى مسألة عبء إثبات عناصر هذه مسؤولية، لاسيما إثبات عنصر الخطأ التشييدي(**المطلب الأول**).

كما يجب التطرق أيضا إلى مدى التعويض المستحق لرب العمل عن الأضرار الناجمة عن عيوب البناء(**المطلب الثانــي**)، فضلا عن إمكانية تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن سوء تنفيذ الأشغال(**المطلب الثــالث**).

ولعل دراسة هذه المسائل سوف يبرز بشكل واضح مدى كفاية قواعد المسؤولية العقدية لضمان حماية مصالح رب العمل غير الخبير بفن البناء إزاء المشيدين، مقارنة بقواعد الضمان الخاص اللاحق للاستلام.

وتجدر الإشارة هنا، أن التنفيذ السيئ للمنشأة يترتب في المقام الأول على مخالفة المشيدين لقواعد الفن، فضلا عن عدم احترام النصوص التنظيمية للبناء، وكذلك خرق الشروط والمواصفات التعاقدية لاسيما عدم التقيد بالمقايسة الوصفية والكمية للمشروع، ولا شك أننا سوف نواجه في هذه الحالة منشأة سيئة الإنجاز أو عمل منجز بشكل سيئ Un ouvrage mal construit .

فما ما هو الجزاء المترتب على ذلك؟

المطلب الأول:

عبء إثبــات التنفيذ السيئ للمنشأة(الضرر)

القاعدة العامة هي أن الدائن[1] بالالتزام هو الذي يقع عليه عبء إثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو سوء تنفيذه، طالما أنه هو المدعي في دعوى المسؤولية، طبقا لقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

وعليه، فرب العمـل هو من يتحـــــــمل طبقا للقواعد العامة عبء إثبـــــات الخـــــــطأ التشييدي لاسيما خرق الأصول الفنية للبنـــــاء، لأنه هو الطرف الذي يدعـــــي الضرر. والحقيقة أن عـــــــب الإثبــــات ومضمونه يتحدد بناء على طبيعة الالتزام الذي يتم الإخلال به[2] أي يجب التمييز هنا بين الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة[3]، وهذا ما يقتضي معرفة طبيعة التزام المقاول والمهندس المعماري أولا، لأن تكييف عقد المقاولة لا يكفـــــــي لتحــــــــديد نظام المسؤولية، فعقد المقاولة ينشئ تارة التزاما بوسيلـــة، وتارة أخرى التزاما بنتيجـــــــة، حسب طبيعة الالتزام المفروض على المقاول[4].

وإذا كان الفقه قد أجمع منذ البداية على تكييف موحد لطبيعة التـــــــــزام المقاول نحـــــــو عميله فقد اختلف بالنســـــــبة لطبيعـــــــة التــــــــزام المهنـــــدس المعمـــــــاري، حيـــــــث اعتبــــــــره البعـــــــض التــــــــــــــــــزاما

1- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام: مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدنـــــــــــي الجزائري، دون طبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية- الجزائر، ص ص 117، 118. راجع أيضا، المادة 323 من ق. م.ج.

2- راجع في هذا المعنى، إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: عقد المقاولة(فقها وقضاء)، مرجـــــــع سابــــــــــق، ص 39 وما بعدها. راجع في نفس المعنى:

Mazeaud(H et L, J) par : Chabas(F), Leçons de droit civil : Obligation (Théorie générale), 9e éd, Montchrestien, Detta, 2000, pp. 464, 465.

3- يرجع الفضل في تقسيم الالتزام إلى نتيجة ووسيلة إلى الفقيه الفرنسي Demogue في أوائل القرن الماضي. راجع: علي فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، دون طبعة، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 22. راجع أيضا: Igoudjil(L), op.cit., p.43, note(196).

4- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), op.cit., p.408.

بنتيجة، بينما اعتبره آخرون مجرد التزام بوسيلة.

والالتزام بوسيلة هو ذلك الالتزام الذي يتعهد فيه المدين باستخدام الوسائل المناسبة في تنفيذ المهمة المسندة إليه، وأن يثبت الحرص واليقظة والعمل على بذل كل جهده في سبيل ذلك[1] فمحل الالتزام بوسيلة هو الجهد أو العناية التي يبذلها المدين في تنفيذ التزامه، وأما النتيجة فتخرج عن الالتزام في حد ذاته[2].

وعلى عكس الالتزام بوسيلة، يتعهد المدين في الالتزام بنتيجة بتحقيق غاية محـددة [3] فـــي العقد وليس مجرد بذل جـــهد وعناية[4]، فالالتـــــزام بتحقيق نتيجـــــة له محتـــــوى ومضمون واضـــــح، هـــو النتيجة المرجوة[5].

ويعتمد الفقه عادة في تحديد طبيعة الالتزام العقدي وما إذا كان التزاما بنتيجـــــة أو بوسيلـــــة على معيار طبيعة الأداء محل الالتزام في حد ذاته[6].

وحسب هذا المعيار، يعتبر التزاما بوسيلة أو ببذل عناية إذا لم يتعلق العقد بشيء، بل أبرم لأجل تقديم خدمة ذهنية(طبيعة الآداء خدمة ذهنية)، فالالتزام يغلب أن يكون التزاما بوسيلة عندما يتعهد المقاول بتقديم خدمة ذهنية، كالتزام المهندس المعماري، ويكون التـــــزاما بنتيجة غالبا إذا تعلق محل الالتزام بشيء مادي(تقديم خدمة مادية مثل صنع شيء)، كالتزام مقاول البناء.

1- Igoudjil (L), op.cit., p. 43.

2- علي فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 24.

3- نفس المرجع، ص 22.

4- En ce sens, Philippe Malaurie et laurent Aynes, Droit civil : Les obligations, 2e éd, Defrénois, 2005, p. 493.

5- إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: عقد المقاولة(فقها وقضاء)، مرجع سابق، ص 46.

6- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), Droit civil : Les contrats spéciaux, op.cit., p.419-. Voir aussi, A. Benabent cité par : Igoudjil (L), op.cit., pp. 44, 45, note(204).

وعندما يتعلق العقد بشيء، فإنه لا يولد إلا التزاما بنتيجة إذا كان وجود هذا الشيء يتحكم فيه المتعاقد أي المقاول، وفي هذا الصدد وضع بعض المؤلفين عقد المقاولة التي تنصب على شيء مادي جانبا، لأنها تولد دائما التزام بنتيجة[1].

والحقيقة أن الفرق الجوهري بين الالتزامين يكمن في الطابع الاحتمالي[2] وليس في التعهدات، وبالتالي إذا كان الالتزام مجردا من كل احتمال، فإنه يعد التزاما حقيقيا. وعلى العكس من ذلك، ففي الفرض الذي يكون المدين فيه غير متحكم في الوضع، وأين يساهم الدائن بعض الشيء في ذلك أي في تحقيق النتيجة، فإنه يكون التزاما بوسيلة، حيث يحول الاحتمال دون سيطرة المدين على الالتزام بشكل كلي[3].

يتضح إذن بأن الفقه يعتمد في تحديد نوع الالتزام بنتيجة أو بوسيلة على ثلاث معايير هي: طبيعة الأداء محل الالتزام، معيار مساهمة الدائن، ومعيار الاحتمال[4]، ولعل هذا الأخيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر هو المعيار الراجح.

وتتضمن المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 554 من ق.م الجزائري صراحة التزام بنتيجة في مجال البناء[5]، وعلى ذلك، فإن مقاولي البناء يتحملون عموما التزام بنتيجة[6].

- -

- -

1- Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), op.cit., p. 419.

2- علي فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 25. راجع أيضا في نفس المعنى، إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: عقد المقاولة (فقها وقضاء)، مرجع سابق، ص 45.

3- Igoudjil (L), op.cit., pp. 43, 44.

4- علي فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 25.

5- Igoudjil (L), op.cit., p.45, note (211).

6- هناك من يرى بأن التزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري المنصوص عليه بالمادة 554 من ق.م المقابلة للمادة 1792 مدني فرنسي هو التزام بالضمان، طالما أنه لا يمكن نفي المسؤولية إذا كان سبب التهدم أو العيب غير معروف وهذا ما لا يتفق مع الالتزام بنتيجة، حيث يمكن للمدين فيه نفي المسؤولية متى أثبت ذلك.

كما يجوز حسب البعض للمقاول التخلص من مسؤوليته بإثبات أنه قام باحترام جميع القواعد في تنفيذ عمله، وهذا يبتعد شيئا ما عن الضمان كالذي نصت عليه المادة 1792 الذي لا يسقط إلا أمام إثبات السبب الأجنبي. Igoudjil(L), op.cit., p.45

ويترتب هذا الالتزام باستمرار في مواجهة المقاولين الفرعيين، والذين لا يطبق عليهم الضمان القانوني[1].

ولما كان التزام المقاول بإنجاز المنشأة هو التزام بنتيجة[2] مزدوجة، هي مطابقة هذا الإنجاز لشروط العقد من جهة، وضمان جودة المنشأة بعد الاستلام من جهة أخرى، فإن مسؤوليته تقوم تجاه رب العمل بمجرد إثبات هذا الأخير عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما[3].

وبمعنى آخر، لا يلزم رب العمل إلا بإقامة الدليل على وجود عيب في تنفيذ الأشغال[4] وبذلك، فإن وضع المقاول من المسؤولية قبل الاستلام لا يختلف كثيرا[5] عن وضعه من المسؤولية بعد الاستلام.

ويتم عادة تقدير مدى وفاء المقاول بتعهده هذا[6] وقت استلام المنشأة المنجزة [7]، كما يتم تقدير ذلك أيضا أثناء سير الأشغال ولو من خلال التزام المهندس المعماري بإدارة الأعمال

1- Pour des travaux de couverture et d'étanchéité, Cass.civ3, 13 juin 1990, Bull. civ. III, n° 145 ; 23 oct. 1984 : Bull.civ. III, n° 171 ; 24 fév. 1982, Bull. civ. III, n° 54 ; Pour des travaux de maçonnerie, Cass.civ3., 13 avril 1988, Bull. civ.III, n° 73 ; Pour des revêtements de sol, Cass.civ3., 29 mai 1984, Bull. civ. III, n° 106 cités par : Igoudjil (L), op.cit., p. 45, note(212).
Voir aussi, Sériaux(A), op.cit., p. 294.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص77.
3- و هذا ما كرسته محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ: 1970/6/23، مجموعة أحكام النقض، السنة 21، ص 1068 رقم: 171، مشار إليه في: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 131، هامش رقم:(130).
4- Mazeaud(H, L et J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, op.cit., p. 81.
راجع كذلك، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 131.

5- Fossereau (J), op.cit., p.23.
6- راجع الصفحة 176 من هذه الأطروحة.
7- راجع المادة 10 نطة 8 و 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

والرقابة على تنفيذها أو بناء على حق رب العمل في الإشراف العام على عملية البناء[1].

وإذا كان هذا هو حال المقاول من المسؤولية قبل الاستلام، فإن وضع المهندس المعماري يعد مختلفا بسبـب اختلاف الفقه والقضاء حول طبيعة التزامه، وهذا راجع لتعـدد وتنـوع المهـام المسنـدة إليه مـن جهـة، وامتدادهـا (اتساعها) من جهة ثانية، فهو مشيـــــد من نـــــوع خـــاص[2].

ولاشك أن خصوصية المهام المسندة إليه، والتـي يغـلب عليهـا الطابع الذهنــــــي، جعلت مسؤوليتــــه تتسم بذاتية خاصة ومتميزة عن تلك القواعد المعروفة في نطاق القانون العام(المدني).

ونتيجة لذلك، لا يخضع المهندس المعماري تجاه رب العمل في استكمال مهامه سوى لالتزام بوسيلة[3]. وعلى العموم، لا يتحمل المهندس المعماري سوى التزام بوسيلة، وهو ما يقتضي من المضرور إثبات الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما[4].

غير أن هذا التمييز لا يعنى إلا المحاكم العادية، أما المحاكم الإدارية، فتستلزم بشكل موحد إقامة الدليل على الخطأ لإقرار المسؤولية قبل الاستلام سواء بالنسبة للمقاول أو المهندس المعماري[5].

- -

1- راجع المادة 553 من ق.م.

2- Karila(J.-P), « L'architecte, un constructeur en clair- obscur », Contrats publics- n79- juil.- aout 2008, op.cit., p. 71, col.1.

3- Cass.civ3., 28 oct. 2003, n 2- 13986 ; Cass. Civ3., 3 oct. 2001, 00- 13718 cités par : Karila (J.-P), « L'architecte, un constructeur en clair- obscur », Ibid., p. 71, col.1, note(8).

4- Civ3., 9 Oct.1979, JCP 1979, IV, 370 ; 11 juin 1985, JCP 1985, IV, 295; CA Rouen, 15 mai 1991, Gaz. Pal. 1993, somm. P. 43 ; 8 mars 1995, D. 1995, IR, p. 85 ; RDI 1995, p. 333, obs. ph. Malinvaud et B. Boubli ; 4 avr.2001, RDI 2001, p. 258 cités par : Malinvaud(Ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 190, note(2).

5- CE. 7 déc. 1990, req. n47048 cité par : Karila(J.-P), « L'architecte, un constructeur en clair- obscur », op.cit., p. 71, col.1, note(9).

المطلب الثانـي:

جـ ـ ـ ـ ـ ـزاء سوء تنفيـ ـ ـ ـ ـذ الأشغال(التعويض)

إذا ثبتت مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري عن عيوب البناء، فلرب العمل المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب هذا العيب[1]. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خـ ـ ـ ـ ـسارة و ما فاته من كسب[2].

ولكن هل كل ضرر أيا كانت جسامته يكون قابلا للتعويض؟(**الفرع الأول**)، كما نساءل في هذا الصدد عن كيفية إصلاح الضرر(سوء الصنعة)(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الضرر القابل للتعويض:

خلافا للضمان العشري كما سنرى لاحقا يكون التعويض في نطاق المسؤولية العقدية قبل الاستلام مستحقا عن أي خلل يلحق البناء سواء كان جسيما أو يسيرا. وعلى ذلك، فالعيوب التي لا تؤثر في متانة البناء ولا تعرض سلامته للخطر كالأضرار الجمالية مثل عدم الملاءمة في ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما ينبغي أن تكون عليه من جـــــــمال فنـــــــــي[3] تستوجب التعويض طبقا لما تقرره القواعـــــد العامـــــــــة، والتـــــــــي لا يمكـــــــــن إصلاحها وفقا للضـــــــــمان العشري.

كما يشمل التعويض استنادا لأحكام المسؤولية العقدية أيضا، عدم مطابقة البناء للمواصفات

1- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 117.

2- لا يقتصر التعويض عن الضرر بسبب عيوب البناء وفقا لأحكام المسؤولية العقدية على الضرر المادي الذي يلحق البناء كتصدعه أو انهيار جزءا منه، بل يشمل كذلك الأضرار التابعة الأخرى التي تعتبر نتيجة مباشرة لإخلال المقاول أو المهندس المعماري بالتزاماته العقدية(راجع المادة: 182 فقرة أولى من ق.م)، ويستبعد على العكس من ذلك جانب من الفقه الفرنسي هذه الأضرار(الأضرار التابعة) من نطاق التعويض وفقا للضمان العشري، نظـــــــرا لتـعلق أحكامه بضمان المتانـــــــة والسلامة فقط. راجع حول هذه المسألة، الصفحة 494 و ما بعدها من هذه الأطروحة.

3- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 124.

للمواصفات والشروط المتفق عليها[1] والرخص الإدارية المسلمة لإنجازه[2].

ومن هذه الناحيـــــــــة يتفق نظام ضمان كمال الإنجـــــــــاز[3] مـــــــع القواعد العامة للمسؤوليـــة العقدية حيث يمتد نـــــــطاق التـــعويض فـــــي كل منها ليشمل كل الخلال التـــي تلحق البنـــــــاء ما لم يثبت المدين وجود السبب الأجنبي.

وهكذا، يشمل التعويض وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية كل العيـــــــــوب[4]، كتهدم البنـــــــــاء وأي عيـــــب آخـــــــر سواء كان مؤثرا أم لا، فضلا عن عدم مطابقة الإنجـــــــــاز للشروط والمواصفات العقدية، لذلك استخلص الفقيه الفرنسي Rémyبأن" المسؤولية التعاقدية للقانون العام" تغطي بشكل جيد العيوب في المنشأة مهما كانت هذه العيوب، ويتساءل المؤلف، هل تتجاوز النظام الخاص لمسؤولية المشيدين؟[5].

وتجدر الإشارة أن إصلاح الخلل الناتج عن سوء التشييد (Malfaçon) يكون وفقـا للقـواعد العامـة سواء تعلق الأمر بطرق هذا الإصلاح أو نطاقه، وسواء ثبت ظهور الخلل في البناء أثناء فترة التشييد أو بعد انتهاء البناء واستلام الأعمال.

ومن الأضرار التي يتم إصلاحها وفقا لقواعد المسؤولية العقدية للقانون العام بعد الاستلام الأضرار المسماة الوسيطة[6]، وعيوب المطابقة الخفية[7].

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 137. راجـــــــــع أيضا، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤوليـــــــــة العقـــــــــدية للمقـــــــــاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 91 و ما بعدها.

2- يلزم القانون أن يكون إنجاز الأشغال مطابقا لرخصة البناء، وفي حالة ثبوت المخالفة، رتب على ذلك جـــــــــزاءات. راجـــــع: المادة 76 مكرر 5 المضافة بقانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، مذكور آنفا.

3- راجع المادة 44 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

4- Mazeaud(H et L, J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, op.cit., p. 81 - Voir même ouvrage, p. 88.

5- V. Rémy (Ph), Rev. Trim. Dr. Civ. 86 (1) janv.- mars 1987, p. 116.

6- راجع لاحقا، نظرية الأضرار الوسيطة، ص 377 وما بعدها.

7- راجع لاحقا، نظرية عيوب المطابقة الخفية، ص 381 وما بعدها.

ونظـرا لعدم وجـــود تضامن في المسؤوليـــة السابقة على الاستلام، فإن المهندس المعماري والمقاول يكونان مسؤولين عن تعويض الضرر اللاحق برب العمل في حدود ما صدر عن كل واحد منهما من إهمال أو تقصير في تنفيذ الأشغال ما لم يكن العيب في البناء ناتجا عن خطأ مشترك بينهما، وعندئذ يوزع التعويض بينهما كل بنسبة خطئه في إحداث العيب[1].

الفرع الثاني: كيفيـة إصـلاح الضـرر:

إن إصلاح الضرر الناتج عن الإخلالات الحاصلة خلال عملية تنفيذ البناء يكون عينا**(أولا)**، غير أنه يجوز لرب العمل المطالبة بالفسـخ مع التعويض**(ثانيا)**.

ويمكن في صفقة إنجاز الأشغال فرض عقوبات ماليـة**(ثالثا)** فـي حال تنفيـذها غير المطابـق، فضلا عـن تطبيـق البنـود التعاقديـة فـي الضمـان**(رابعا)**.

أولا- التنفيـذ العينـي:

يقصد بالتنفيذ العيني التزام المدين بتنفيذ عين ما التزم به، وهو الأصل، إذ يجب على القاضي أن يحكـم به إذا ما عرضه المدين حتـى ولو لم يطلبـه الدائن إذا كان ممكنـا[2]. والتنفيذ العيني للالتزام هو أفضل طرق علاج الأضرار، لأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما، أي أنه يمحو الضرر ويغيبه[3].

ولما كان البناء لم يكتمـل إنجازه بعد، فإن المنطق يقتضي أن يكون إصلاح ما به من عيوب أو نقائص عينا ممكن دائما حتـى ولو تطلب ذلك هدم ما تم معيبا مـن أعمـال وإعـادة

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 138، 139.

2- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 246. راجع أيضا، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات(أحكام الالتزام)، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2010، ص ص 20، 21.

3- Mazeaud (H et L, J) par : Chadas(F), Leçons de droit civil : Obligations (Théorie générale), op.cit., p. 732.

إنجازه من جديد.

لذلك، فإن إصلاح ما قد يظهر من عيوب في البناء خلال عملية التنفيذ عينا هو أمثل تعويض، كما يعتبر أحسن طريق لعلاج النقائص التي تظهر في المنشأة بعد الاستلام النهائـــــــــي أيضا، رغـــــــــــــم مـا ينجـم عـن تطبيقـه مـن مفارقـات كالإثراء على حساب المشيد[1].

وهكذا، يجـوز لرب العمل أن يجبـر المقاول على تنفيذ التزامـــــه عينا متـــــى كان ذلك ممكنـــــــا وغير مرهق له[2]، كالأمر بهدم جزء من المبنى وإعادة بنائه من جديد وفق الطريقة الصحيحة أو المتفق عليها، أو الأمر بتدعيم أساسات البناء إذا كانت غير كافية، بل ويجوز الأمر بهدم كل المبنى إذا كان إصلاح ما في أجزائه المعيبة يتطلب ذلك.

هذا وقد نص المشرع على هذا السبيل لإصلاح ما قد يظهر في البناء من خلال أثنـاء تنفيـذه بالمادة 26-1 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة[3]، وأقر لرب العمل في المادة 553 من ق.م حق التدخل أثناء البناء لأجل مراقبة حسـن تنفيـذ الأشغال.

وبنـاء على هذه الصلاحية، يجوز لرب العمل أن ينـذر المقاول لكـي يعدل عن طريقـة التنفيـذ المعيبـة خـلال أجل يحدده له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع إلى الطريقة الصحيحة، جاز له أن يعهد بتنفيذ العمل إلى مقاول آخر، على نفقة المقاول الأول المخـل بالتزامه بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالة الاستعجال.

وإن لم يرد فـــــــــــي قانون الصفقات العموميـــــة وتفويضـــــــات المرفـــــــــق العـــــــام رقـــــــــــــــــــــم: 15-247

1- راجع حول هذه المسألة، ص 496 من هذه الأطروحة.

2- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 119.

3- تنص المادة 26-1 من القرار المذكور أعلاه، على أنه : ".. فإذا ثبت لمهندس الدائرة أو للمهندس المعماري وجود فساد في أشغال البناء أو مجرد شك فحسب، جاز له أن يصدر أمر مصلحة بالخراب سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الاستلام النهائي، أو الهدم وإعادة بناء الأشغال أقسام الأشغال المضنون فسادها..".

المذكور آنفا نص ممـاثل إلا أنه يمكن للإدارة المطالبة بالتنفيـذ العينـي أي بإصلاح النقائص والعيوب التي يعاينها مندوبوها من المهندسين والفنيين خلال تنفيذ الأشغال، وذلك تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات الشخصية في القانون المدني وعملا بأحكام المادة 26-1 من القرار المؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المذكورة أعلاه.

غير أنه عادة ما يتـــــم علاج وجــــود النقائص في مشـاريع البنـاء العامـة بالنص في الصفقة على التسـوية علـى رصيـد الحساب[1] خاصة وأنه لا يترتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات و/أو دفع على الحساب أي أثر من شأنه أن يخفف من مسؤولية المتعامل المتعاقد من حيث التنفيذ الكامـل والمطابـق والوفـي للخدمات المتعاقد عليها[2]، إذ لا تمثـل هـذه الدفعـات تسديـدا نهائيـا للمبلـغ المستحق[3].

هذا وقد رتب قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29، المعدل والمتمم بقانون رقم: 04-05 آنف ذكره، على عدم مطابقة البناء لرخصة البناء المسلمة، إما القيام بمطابقة البناء أو هدمه جزئيا أو كليا[4]، ونفس الجزاء يطبق في حالة عدم مراعاة المخططات البيانية التي

سمحت بالحصول على رخصة البناء[5]، وهذا يعد في الواقع مجرد تطبيق للقواعـــــد العامـــــة فـــــــي التنفيــــــي التنفيـــــذ العينـــــي.

1- التسوية على رصيد حساب هو الدفع المؤقت أو النهائـــي المبالغ للسعر المنصوص عليه فـــــــي الصفقة بعد التنفيذ الكـــامل والمرضي لموضوعها. راجع المادة 109 نطة 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العموميـــــة وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- راجع المادة 108 فقرة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.

3- راجع المادة 108 فقرة 3 من نفس المرسوم الرئاسي.

4- راجع المـــــــادة 76 مكرر 5 من قانون رقـــــــــم: 04-05، يعدل ويتمم قانون رقـــــــم: 90-29، يتعلق بالتهيئـــــــة والتعميـــر، مذكور آنفا.

5- راجع المادة 76 و المادة 76 مكـــــرر 3 من قانـــــــــون رقم: 04-05، يعدل ويتـــــــــمم قانـــــــــــون رقـــــم: 90-29، يتعلق بالتهيئـــــــــة والتعمير.

وعلى عكس المقاول لا يمكن إدانة المهندس المعماري إلا بالتعويض النقدي، إذ لا يمكن إلزامه بالقيام بعمـــــل بسبب الطابع الذهني المهيمن على أدائه[1]، فهو لا يقـــــــوم بالتشييـــــــد بنفســـــــه[2]، وعليه، فإن إلزام مهندس معماري بعد ظهور عيوب في العقار المشيد تحت إدارته بالقيام بالتنفيذ على نفقاته لكل الأشغال الضرورية، يجهل طبيعة الاتفاقات التي تربط بين رجل الفن وعملائه[3].

ثانيا- فســخ عقــد المقاولــة:

يجوز لرب العمل طلب فسخ العقد من دون الإخلال بحقه في طلب التعويض، وهو الخيار المنصوص عليه بالمادة 553 فقرة 2 من ق.م، والمادة 149 فقرة 2 [4] من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم: 15-247 المذكور آنفا.

والواقع، أن خيار فسخ عقد المقاولة لا يمكن تصوره بعد اكتمال إنجاز المنشأة واستلام رب العمل لها، لهذا نجد المشرع قد نص على حــــق رب العمل فــــي الفسخ

خـــلال عملية التنفيذ وليس بعد ذلك[5]، إذ يكون العقد عندئذ قـد انقضـى بسبب تمـام تنفيـذه[6].

1- www.eti-construction.fr/la-responsabilite-de-larchitecte/ Consulté le : 22 juillet 2016.

2- Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.202, 1984, n 203, p. 20.

3- Cass. Civ3., 28 fé. 1969, Bull. civ. III, n182 cité par: Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, n203, p. 20.

4- إذا لم يتدارك المتعامل المتعاقد تقصيره في الأجل المحدد في الإعذار الموجه له من المصلحة المتعاقدة، فإنه يمكن لهذه الأخيـــــــــــــرة أن تفســــــــــــخ الصفقة من جانب واحـــــد، وذلك من دون الإخـــــــلال بحقها فـــــــــي تطبيق البنـــــــــود التعاقدية فـــــــــي الضمـــــــــــان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها(راجع المادة 149 فقرة 2، والمادة 154 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام).

5- ما يؤكد وقوع الفسخ للصفقة أثناء سير الأشغال هو ما ورد من تعبيرات بالمادة 149 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث جاء فيها: ".. و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار ..". وكذلك ما نصت عليه المادة 553 من ق. م.

6- يعتبر تنفيذ العمل المطلوب إنجازه أحد أسباب انقضاء عقد المقاولة، وهو الطريق الطبيعي لإنقضائه، لهذا السبب لم يرد النص عليه ضمن أسباب انقضاء عقد المقاولة (راجع المادة 566 وما بعدها من ق.م).

والفسخ لا يهدف إلى إصلاح النقائص أو التجاوزات في تنفيذ الأشغال عينا، بل يهدف فحسب إلى وضـع حـد لأي تجاوز أو خرق لمضمون العقد وقواعد الفن، وما قد يقع مستقبلا من جانب المقاول من إخلال في تنفيذ المشروع، ولكن دون الإخلال بحـق رب العمل فـي طلب التعـويض.

ويخضع تقدير طلب فسخ عقد المقاولة لسلطة قاضي الموضوع طبقا للقواعد العامة في المادة 119 فقرة 2 من القانون المدني، ولكن فسخ صفقة الأشغال العامة لا يخضع لتقـدير القاضي، وإنـما يتم بالإرادة المنفـردة للإدارة المتعاقـدة[1] متى ثبت لها تقصير المقاول

في تنفيذ التزاماته وتماديه في هذا التقصير، رغم إعذاره لأجل تدارك التقصيـر وعـدم الاستمـرار فيـه.

ولا يمكن للمقاول المتعهد أن يعترض على قرار الإدارة بفسـخ الصـفقة في حـالة تطبيقها للبنود التعاقدية المتعلقة بالضمـان[2]، وكـذا المتابعات الراميـة إلـى إصـلاح الضـرر الـذي لحقـها بسبـب خـطأ المتعـاقد معـها[3].

ولعل سلطة القاضي في تقدير طلب فسخ عقد المقاولة لا يكون لها أي مبرر إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا[4]، وهذا خلافا للقواعد العامة[5].

1- راجـــــع المادة 149 فقرة 2 من المرسوم الرئاســـــي رقـــــــــــم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيـــــم الصفقات العموميـــــة وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

2- تتمثل الضمانات التي يتم النص عليها في شكل بنود تعاقدية ضمن الصفقة في كفالة رد التسبيقات(المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247)، وكفالة حسن التنفيذ(المادة 130 من نفس المرسوم الرئاسي).

3- راجع المادة 151 فقرة 1 من نفس المرسوم الرئاسي.

4- تنص المادة 553 فقرة 2 من ق.م على أنه: " غير أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا".

5- يملك القاضي حسب المادة 119 فقرة 2 من ق.م سلطة تقدير طلب فسخ العقد، وهذا تكريسا لمبدأ القوة الملزمة للعقـــــد فضلا عن أن تنفيذ العقود خير من عدم تنفيذها.

ثالثا- العقـوبات الماليـة: Pénalités pécunaires

العقوبات المالية هي مبلغ مالـي يدفعـه المتعاقد مـع الإدارة فـي حـالة عـدم تنفيـذه لالتزاماتها التعاقدية فـي الآجـال المحددة أو تنفيذها غير المطابق[1]، وبذلك، فإن

العقوبات المالية لا تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة عدم إنجاز الأشغال في الأجل فحسب، بل تفرض عليه أيضا في حالة التنفيـذ غيـر المطابـق للأشـغال.

غير أن توقيع هذا الجزاء لا يترتب عليه حرمان الإدارة من حقها في تطبيق الجزاءات الأخرى المنصوص عليها في التشريع المعمول به[2]. وتتمثل هذه الجزاءات على العموم في التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض السابق ذكرها.

وتحـــــدد نسبـــــة العقوبات الماليـــــــة وكيفيات فرضها أو الإعفـــــــاء منـــها ضمن الشروط التعاقدية للصفقة[3]، ويغلب النص عليها في دفاتر الشروط الإدارية.

وتقتطع العقوبات المالية المنصوص عليها في الصفقة في شكل بنود تعاقدية من الدفعـات التـي تتـم حسـب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة[4].

ويكون المبلغ المالي المنصوص عليه في الصفقة مستحقا للإدارة بمجرد تأخر المتعاقد معها عن تنفيذ الأشغال في الأجل، إذ لا تلزم لأجل ذلك بإثبات أن ضررا ما قد لحقها من هذا التأخير[5]، نظرا لكون الضرر هنا مفترض.

وعلى العكس من ذلك، تكون الإدارة ملزمة في حالة التنفيذ غير المطابق بإثبات واقعة عدم مطابقة الأشغال المنجزة.

1- راجـــــــــع المـــــــــادة 147 فقـــــــــرة أولى من المرسوم الرئاسي رقـــــــــــم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيـــــــــم الصفقات العموميـــــــة وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- راجع نفس المادة والفقرة من نفس المرسوم الرئاسي.

3- راجع المادة 147 فقرة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.

4- راجع المادة 147 فقرة 3 من نفس المرسوم الرئاسي.

5- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ص 122، 123.

وبذلك يمكن اعتبار العقوبات المالية كضمان لحسن تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة في الآجال المحددة وبالجودة اللازمة.

وكما أسلفنا القول، إن توقيع العقوبات المالية لا يخل بحق الإدارة في الرجوع على المتعاقد معها بكامـل التعويض عما أصابها من ضرر بسبب التأخيـر[1] أو التنفيـذ غيـر المطابـق، فلا تلازم بين توقيع العقوبات المالية على المتعاقد والتزامه بالتعويض[2]، خاصة إذا كان التقدير المالي لا يكفي لإصلاح كل الضرر، وهذا بخلاف الشرط الجزائي[3] الذي لا يجوز فيه للدائن طلب زيادة التعويض حتى ولو كان أقل من الضرر، فيما عدا حالتي الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من المدين.

رابعا- تطبيق البنود التعاقدية في الضمان :

تنحـــــصر هذه الضـمانات فـــــي كفالــــة رد التسبيقات وكفالـــــــة حسن التنفيـــــذ، كــما يمكـن للإدارة المتعاقدة فــــي إطار التسوية على رصيــــــــد الحساب المؤقت إذا تم النص عليها بالصفقـــــة، اقتطاع الضمان المحتمل.

أ- اقتطاعات الضمان:

وهي وسيلة ضغط تسمح لرب العمل بالحصول على الإصلاحات للخلال الظاهرة وقت الاستلام دون الزيادة في الثمن(الأجر)[4].

وبموجـب هذه التقنية، يحــق للإدارة في إطار التسوية على رصيــــــــد الحساب المؤقت إذا تـــــــــــم

\- -

\- -

1- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 125.

2- نفس المرجع والصفحة.
3- راجع المادة 185 من ق.م.

4- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., pp. 190, 191.

النص عليها في الصفقة، اقتطاع الضمان المحتمل[1] من المبالغ المستحقة الدفع للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها[2].

ويلاحظ أنه في بعض صفقات الدراسات والخدمات التي يعفى فيها المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ[3]، حيث يمكن تعويض هذه الأخيرة باقتطاعات حسن التنفيذ عندما ينص دفتر شروط الدعوة إلى المنافسة على ذلك[4].

وإذا تم النص على أجل الضمان في صفقة الدراسات والخدمات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 130 أعلاه، فإن الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات يحول إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت[5].

ويترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي، رد اقتطاعات الضمان، ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء[6].

ب- كفالة رد التسبيقات: Caution de remboursement des acomptes

ويتوقف عليها دفع التسبيقات، حيث يلزم المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة بقيمة معادلة لها يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، أما بالنسبة للمتعهدين الأجانب، فيجب إصدار كفالة من بنك خاضع للقانون الجزائري، فضلا عن ضمان مقابل لهذه الكفالة صادر من بنـــك أجنبـــــــــي من الدرجـــــــة الأولى[7]

- -

- -

1- راجع المـــــادة 119 فقـــــــرة أولـــــــى نطـــــة 1 من المرسوم الرئاســـــــــي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيــــــــــم الصفقات العموميـــــــــة وتفويضات المرفق العام، المذكور سابقا.

2- راجع الفقرة الأولى من المادة 119 فقرة أولى من نفس المرسوم الرئاسي.

3- راجع المادة 130 فقرة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.

4- راجع المادة 132 فقرة أولـــى من نفس المرسوم الرئاسي.

5- راجع المادة 132 فقرة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.

6- راجع المادة 120 من نفس المرسوم الرئاسي.

7- راجع المادة 110 من نفس المرسوم الرئاسي.

وذلك لأجل ضمان حق الإدارة في استرجاع ما دفعته له من تسبيقات، طالما أنها تدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة[1].

وتحرر هذه الكفالة حسب نموذج يحدد بموجب قرار يصدر عن الوزير المكلف بالمالية[2].

ج- كفالة حسن التنفيذ: Caution de bonne d'exécution

هي ضمانة من ضمانات تنفيذ العقد[3] وفقا لبنوده وطبقا لقواعد الفن أيضا، ومن ثم يجوز للإدارة (المصلحة المتعاقدة) مصادرة مبلغ الكفالة إذا لاحظت أثناء عملية الاستلام المؤقت بعض النقائص والعيوب في إنجاز المنشأة، إذ لا تقوم برفع اليد عليها إلا إذا قام المقاول بإصـــلاح تلك النقائص، لذلك فإن ضمانات حسن التنفيذ يقصد بها تعويض رب العمل ضد المقاول في حالة عدم التنفيذ طبقا لما هو وارد في العقد[4].

ولا يلزم المقاول المتعهد بإنشاء هذه الكفالة عنـــــــــد إبرام صفقة إنجـاز أشغال البنـــــاء، بل يلزم بإنشائها فـــــــــــــي أجـــــــــــل لا يتجـــــــــاوز تاريـخ تقديـــــــــم أول طلب دفـــــــع علـــــى الحساب من قبلـــــه[5] وتحـــــــرر حسب نفس الشروط [6] الواجب مراعاتها

في تحرير كفالة إرجاع التسبيقات وفق نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية[7].

- -

- -

1- راجع المادة 109 نطة أولى من نفس المرسوم الرئاسي ر قم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- راجع المادة 110 فقرة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.

3- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 95.

4- زينب حسين عوض ا ، " عقد المقاولة الدولي المقترن باقتراحات تمويلية "، مجموعة مقالات منشورة تحت عنوان: مقاولات الأعمال المدنية: دراسة لأهم الجوانب الاقتصادية والقانونية، مكتب الشلقامي للاستشارات القانونية والمحاماة القاهرة 1995، ص 77.

5- راجع المادة 130 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

6- راجع المادة 130 فقرة 1 و 6 من نفس المرسوم الرئاسي.

7- راجع المادة 133 فقرة أخيرة من نفس المرسوم الرئاسي.

ويحدد مبلغ الكفالة بنسبة تتراوح بين 5 بالمائة إلى 10 بالمائة من مبلغ الصفقة حسب طبيعـــــــة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها[1].

وإذا تم النص في الصفقة على أجل الضمان، فإن كفالة حسن التنفيذ تتحول إلى كفالة ضمان عند الاستلام المؤقت[2]، وفي هذه الحالة لا يتم رفع اليد على كفالة الضمان بمعنى لا يمكـــــــــن للمتعامل المتعاقد استرجاعها كليا إلا بعد انقضاء مـــــــــــــدة الضمان المحـــــــددة فــــــــــي الصفقة، وذلك في خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي للصفقة[3].

وبمعنى آخر، إذا ظهرت نقائص في المنشأة خلال مدة الضمان المحددة في الصفقة، فللإدارة الحق في مصادرة مبلغ الكفالة إلى حين إصلاح هذه العيوب من طرف المقاول.

وفي حالة صفقات الأشغال التي لا تبلغ الحد المنصوص عليه في المطة الأخيرة من المادة 184 من هذا المرسوم، يمكن أن تكون اقتطاعات حسن التنفيذ بنسبة 5 في المائة من مبلغ كشف الأشغال بديلا لكفالة حسن التنفيذ، ويحول الرصيد المكون من مجموع اقتطاعات حسن التنفيذ إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت[4].

1- راجع المـــادة 133 فقرة أولـــى من نفس المرسوم الرئاسي رقـــم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيـــم الصفقات العموميـــة وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- راجع المادة 131 من نفس المرسوم الرئاسي.

3- راجع المادة 134 من نفس المرسوم الرئاسي.

4- راجع المادة 133 فقرة 3 من نفس المرسوم الرئاسي.

المطلب الثالـث:

الاتفـاقات المعدّلـة لأحكـام المسؤوليـة العقديـة عن سوء تنفيذ أعمال البناء

لما كانت قواعد المسؤولية العقدية[1] ليست من النظام العام، فإن الاتفاق على تعديل أحكامها سواء بالتشديد فيها، كالاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القـــوة القاهرة [2]، أو بالإعفاء منها[3]، أو تحديدها، يكون صحيحا.

ومرد ذلك، أن كل العقود يكون محلها آداءات مالية، وأن القواعد المنظمة لها هي في معظم الأحيان ذات طبيعة مكملة لإرادة الأطراف.

ولكن هل يختلف الأمر بالنسبة لعقد مقاولة تشييد المباني، وبمعنى آخر، ما هو جزاء الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية للمشيدين عن تنفيذهم السيئ للأشغال موضوع عقد المقاولة؟

وعليه، يجب أن نبين أثر هذا الاتفاق على المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري سواء كان يرمي إلى التشديد فيها(**فرع أول**) أو التخفيف والإعفاء منها(**فرع ثاني**).

الفرع الأول: الاتفاقات المشدّدة من المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري:

يمكن أن يتضمن العقد شرطا مشددا من مسؤولية المشيد، إذ يعد هذا الشرط أمرا مشروعا(4)، ومن ذلك، الاتفاق بين المقاول والمهندس المعماري على أن يتحملا بالتضامن عبء المسؤوليـ ـ ـ ـ ـ ـة عما قد يطرأ فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي البنـ ـ ـ ـاء من نقائص أثناء التنفيذ، وهذا طبقا لأحكـ ـ ـ ـ ـ ـام المـ ـ ـ ـ ـادة

1- المسؤولية العقدية هي جزاء يترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزام ناشئ عن العقد، وهو إما أن يكون التزاما بمنح أو بفعـ ـل أو عدم فعـ ـ ـل شيء ما(م. 54 ق.م)، ويغلب أن يكون آداءا ماليا، يترتب على الإخلال به تعويض للمضرور(الدائن) وتقوم على ثلاثة أركان وهي: الخطأ العقدي، الضرر، والعلاقة السببية بينهما(راجع المادة 176 والمادة 182 من ق.م).

2- راجع المادة 178 فقرة أولى من ق.م.

3- راجع المادة 178 فقرة 2 من نفس القانون.

4- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 859.

217 من ق.م، ولعل هذا الشرط من شأنه تقوية الضمان لاسيما وأن عيوب البناء ترجع في الغالب إلـ ـى خطأ مشترك بين المقاول والمهندس المعماري، الأمر الذي يصعب معه على رب العمل إثبات خطأ كـ ـ ـل منهما على حدة.

وتطبيقا لذلك، لا يجوز للمقاول مثلا أن ينفي المسؤولية عن نفسه بإثبات أن العيب في البناء يرجع إلى خطأ المهندس في القيام بواجب الرقابة على الأشغال، كما لا يجوز للمهندس أن يدرأ مسؤوليته عن عيوب التنفيذ، نظرا لافتراض الخطأ في جانبه، وهذا يعد استثناء من القواعد العامة في المسؤولية العقدية التي تقوم على مبدأ تقرير المسؤولية في حدود الخطأ الشخصي للمدين.

ولكن يمكن للمشيد أن يستفيد من نتائج المسؤولية المترتبة على مشيد آخر[1]، وفي حالة المقاولة الفرعية، يجب أن يكون الاشتراط صريحا، إذ لا يعفى المشيد الآخر من طرف رب العمل الذي يكون لديه مدينان[2]. ويظل المقاول الأصلي مسؤولا عن أخطاء المقاول الفرعي حتى لو كان هذا الأخير معتمدا من رب العمل.

ومن ذلك أيضا الاتفاق على تحمل عبء المسؤولية عن سوء التنفيذ حتى لو كان سببه راجعا إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجـــئ[3]، ويعتبر هذا الاتفاق نوعا مـــــن التأميـــن(Assurance)[4]، ويحدث عادة ذلك نظير زيادة في المقابل(العوض) الذي يحصل عليه المدين فـــــــــي العقد[5]، أو كان سبب ذلك غيـــــــــر معروف أصلا، وهذا من شأنه تقويـــــــــــــة الضـــــــــمان أيضا، فبقاء سبب وجـــــــود العيب مجـــــــهولا تنتفـــــــي معه مسؤوليـــــــــة المقاول والمهنـــــــدس

1- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 859.
2- Ibid., p.859.

3- راجع المادة 178 فقرة أولى من ق.م.

4- أنظر، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام- التصرف القانوني) الجزء الأول، طبعة أولى، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 1992، ص 337.

5- نفس المرجع والصفحة.

المعمـــــــــاري[1]، بخـــــــلاف الأمر بالنسبة للمسؤوليـــــــــــــة العشرية، إذ لا تنتفــــــــي مسؤوليـــــــــة المقـــــــاول والمهندس المعماري حتى ولو ظل سبب العيب غير معروف[2]، مما يعني أن الالتزام بالضمان يختلف عن الالتزام بنتيجة.

ويمكن اعتبار الالتزام بالإعلام والنصح الذي ألقاه القضاء الفرنسي على عاتق المهنيين في مواجهة عملائهم لاسيما في علاقة المشيدين بأرباب العمل صورة من صور التشديد من المسؤولية، إذ يقرر القضاء الفرنسي والمصري في هذا الصدد مسؤولية المقاول باعتباره مهني عن عيوب التصميم التي يمكن له كشفها، كما يلقي بالمسؤولية على المهندس عن أخطاء المقاول في التنفيذ التي ترجع إلى خرق قواعد الفن أو مخالفة قوانين البناء ولوائحه.

الفرع الثاني: الاتفاقات المعفية أو المحدّدة للمسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري:

خـلافا لأحكـام الضمـان العشـري المنصوص عليه بالمادة 554 من القانـون المدنـي وما بعدها، فإن المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري السابقة على استلام الأشغال ليست من النظام العـام، وبالتالي يجوز الاتفاق على الإعفاء أو الحد منها.

ويبرر البعض صحة الشروط المعفية من المسؤولية العقدية استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، على اعتبار أن العقد هو وليد إرادة المتعاقدين، وبالتالي لهما أن يشترطا عدم التعويض في حال إخلال المدين بالعقد[3].

1- Le torneau(Ph), op.cit., p. 471.

2- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 175.

3- Mazeaud (H et L, J) par : Chadas(F), Leçons de droit civil : Obligations (Théorie générale) op.cit., p. 761.

ولكن طبقا للقواعد العامة، فإن جواز الشرط المعفي من المسؤولية لا يعفي من نتائج الأخطاء الجسيمة. راجع:
Liet-Veaux(G), Juris-Cl., Construction, Fasc. 203-1, n 287, p. 26.
وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية تطبيقا لذلك، مكتب دراسات تقنية رغم وجود شرط في العقد يقضي بعدم مساءلته بعد استلام الأشغال، لأنه أخل بفظاظة بمهمته في المراقبة والرقابة عندما لم يظهر خطأ جوهري بالنسبة لتقني. راجع:
Civ3., 22 avr.1980, JCP 1980, IV.249 cité par : Rev.Dr.Immob., 1980, pp. 434, 435.

وعلـى ذلك، يجـوز لأطـراف عقـد مقاولة البناء تطبيقا للقواعد العامة الاتفاق على تحديد المسؤولية بسبب النقائص في تنفيذ الأشغال أو الإعفاء منها[1]، غير أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا إذا تعلق الأمر بالضمان اللاحق لاستلام المنشأة[2].

وبتعبير آخر، لا يوجد ما يمنع طبقا للقواعد العامة في المسؤولية الصانع أو المشيد أن يدرج في العقد أو في محضر الاستلام شرطا يعفيه مستقبلا من أية مسؤولية عن العيب الخفي[3].

وقد كان القضاء الفرنسي قبـــــل صدور قانون رقـــم: 78-12 المؤرخ: في 4 جانفي 1978 المتعلق بإلزامية التأمين والمسؤولية في مجال البناء، يجيـــــز صحة الشرط المحدد من المسؤولية العشرية للمقـــــــاول والمهندس المعمـــــــاري، بينــــــما كـــــان يرتـــــب البطـــــلان علـــــى الشرط الذي يعفيهما من هـــــذه المسؤولية[4].

ولكن إذا كانت القواعد العامة في المسؤولية العقدية تجيز للأطراف تحديد المسؤولية أو استبعادها، فإن تقرير هذا الحل فـــــي مجـــــــــال البناء يبدو غريبـــــــا، نظرا لاتصال هذا النشاط بأمـــــــن وسلامة الأفراد في المقام الأول، وبالثروة القومية للدولة من جهة أخرى، الأمر الذي يؤدي بنا إلى تقرير بطلان كل شرط يقصد به إعفاء المشيدين أو تحديد مسؤوليتهم بسبب ما قد يصدر عنهم من أخطاء في تنفيذ الأشغال لاسيما الجسيمة منها.

ولعل هذا ما دفع القضاء الفرنسي إلى تقييد صحة تلك الاشتراطات، حيث قرر في هذا الصدد وجوب مراعاة بعض الضوابط كعدم جواز إعفاء المشيد من أحد التزاماته الجوهرية، مثـل

- -

- -

1- يستخلص هذا الحكم من مقتضيات نص المادة 556 ق. م.

V. Spécialement Civ.3, 7 mai. 1971, JCP 1972, II, 16992 note Liet-Veaux cité par : Mazeaud (H et L, J) par : Chabas(F), Leçons de droit civil : Obligations (Théorie générale), op.cit., p. 761, note(1).

2- راجع في هذا المعنى، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 319.

3- Saint-Alary(R), op.cit., p. 113.

4- Ibid, p.113.

الالتزام بالرقابة بالنسبة للمهندس المعماري[1]، كما لا يجب أن يخرق الاشتراط قاعدة من النظام العام، كأن يستبعد عقد الهندسة المعمارية مسؤولية المهندس التضامنية مع باقي المشيدين[2].

وعموما، لا تجيز محكمة النقض الفرنسية التحلل من التزام جوهري في العقد، حيث يتساءل مازو في هذا الصدد، هل يتعلق الأمر هنا بالمهني فقط؟[3].

كما يجب بالمقابل مراعاة الحالة التي يلتزم فيها مؤجري العمل تجاه رب العمل الذي لا يكون خبيرا بفن البناء، فمؤجر العمل يعتبر مهني، مما يفترض علمه بعيوب الشيء، ما يعني عدم سريان شرط عدم المسؤولية فـ ـ ـي مواجهة العميل على الأول فيما يتعلق بنتائج المسؤوليـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة الناجمة عن الخلال، فاستبعاد المسؤولية لا يسري إذن إلا فيما بين المهنيين[4].

وبالنسبة لعدم المطابقة للعقد، فإن الاجتهاد القضائي الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية أجاز الشروط المحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـددة للمسؤوليـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة[5]، لأن هذه العيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـوب نادرا ما تعرض متانة البنـ ـ ـ ـ ـ ـاء

- -

- -

1- Cass.civ. 22 mai 1969, D.1969, 653 ; 24 janvier 1973, Bull.III, n 71 ; 19 juin 1973, D. 1973.som. 141 cités par : Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 860.

نفس الحل تم تقريره فيما يتعلق بتحليل التربة وتحت التربة، راجع:

Cass.civ3, 19 juin 1973, Bull.civ.III, n. 418.

ويعتبر الشرط المقيد من المسؤولية العقدية عموما كاستبعاد شرط جوهري في العقد غير موجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـود، مثل عدم التـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـزام البائـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـع

أو الناقل بتسليم البضاعة، وعدم التزام المؤجر بضمان استعمال الشيء المؤجر. راجع:

Malaurie(Ph) et Aynes(L), (Ph) Stoffel-Munck(Ph), Droit civil : Les obligations, op.cit., p.523.

Liet-Veaux(G), J.-classeur, Construction, Fasc.202, 1984, n 8, p. 3.

2- CA Paris 16 novembre 1979, D.1980. IR.26 ; Cass.civ.18 juin 1980, Rev.Dr.Immob.1981, p.79 cités par : Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit, p. 860.

3- Mazeaud (H et L, J) par : Chadas(F), Leçons de droit civil : Obligations (Théorie générale) op.cit., p. 761.

4- Mémento pratique, Immobilier, A jour au 1er avril 1991, op.cit., p. 860.

5- Cass.civ1, 20 déc. 1988, JCP. 89, éd. G, IV, 73 cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 89, p. 10.

للخطر، كما أن عدم مراعاتها هو خرق للإرادة.

وتجدر الإشارة، أنه يجوز، حسب أحد المؤلفين، للمشيدين أن يدرجوا في عقدهم شرطا خاصا يعفيهم من المسؤولية الإقامية[1] La responsabilité résiduelle لأجل الخطأ الثابت ويخضع أثر مثل هذا الشرط للاجتهاد القضائي للقانون العام المتعلق بالشروط المعفية[2].

1- راجع لاحقا حالات هذه المسؤولية، ص 376 وما بعدها من هذه الأطروحة.

2- M. Valdès cité par : Liet-Veaux(G), J.-classeur, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 100, p.11.

البـاب الثـالث:

ضمانات حسن تنفيذ أعمال البناء بعد الاستـلام

لاشك أن ضمان حسن تنفيذ البناء بعد الاستلام إنما يثير موضوع الضمانات القانونية الملقاة على عاتق المنفذين للأشغال لاسيما المقاول والمهندس المعماري، وهذه الضمانات إنما تقررت كما أسلفنا القول لحماية مصلحة رب العمل أو المالك غير الخبير بفن البناء.

ويمكن حصر تلك الضمانات في المقام الأول حسب القانون الجزائري في الضمان العشري، فضلا عن ضمان كمال الإنجاز الذي تم استحداثه لأول مرة بموجب المادة 14 فقرة 2 (1) من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ثم بالمادة 26 فقرة 3(2) من قانون رقم: 11-04 مؤرخ فـــــي: 17 فبراير 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

والجدير بالذكر، أن هذا الضمان الجـــــديد لم ينص عليه القانون المدني، وبالتالي فالمقاول لا يلزم به، على عكس القانون الفرنسي الذي نص عليه بموجب المادة 2-6/1792 مدنـــــــــي (3)

1- " غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة، ولا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة".

2- " غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض لها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي الذي يلتزم به المرقي العقاري طيلة سنة واحدة ".

3- « La garantie de parfait achèvement, a laquelle l'entrepreneur est tenu pendant une durée d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maitre d'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées à la réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révèles postérieurement à la réception.

Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maitre d'ouvrage et l'entrepreneur concerne.

En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutes aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant.

L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement.

كما نشير أيضا إلى أن القانون الفرنسي قد استحدث ضمان خاص آخر إلى جانب الضمان العشري وضمان كمال الإنجاز، في المادة 1792-3 مدني، والذي يعرف باسم ضمان كفاءة آداء عناصر تجهيز البناية، علما بأن هذا الضمان الأخير تم إلحاقه في القانون الجزائري بضمان كمال الانجاز[1].

أما الأمر رقم: 95-07، المتعلق بالتأمينات، فقد جعل من الأضرار المخلة بصلابة عناصر تجهيز البناية سببا لإثارة الضمان العشري[2]، وحسب المادة 23 نطة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات تنفيذ أشغال البناء المذكور آنفا، يشمل الضمان العشري فضلا عن البنايات، التجهيزات المرتبة ارتباطا وثيقا بالمنشآت.

وعيوب البناء التي قد تطرأ بعد استلام المنشأة ليست على درجة واحدة من الجسامة، فهي في الغالب متفاوتة من حيث الخطورة، منها ما يهدد صلابة البناء ويهدد استقرار المنشأة ومنها ما دون ذلك، كالأضرار الجمالية مثلا، والنوع الأول من العيوب إنما يثير تطبيق الضمان العشري، أما النوع الثاني من الأضرار، فيغطى بواسطة ضمان كمال الإنجاز متى ظهرت الأضرار التي يغطيها خلال أجل الضمان، وإلا فإنها تغطى وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، إذ تشكل هذه الأخيرة كما سنرى بديلا للضمان القانوني، لذلك سوف نحاول

La garantie ne s'étant pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage ».

1- يشمل ضمان كمال إنجاز أشغال البناء حسب المادة 44 من قانون رقم: 11-04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011، يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية آنف ذكره، إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية Bonne Fonctionnement des éléments d'équipements du bâtiment.

ونفس الحكم نصت عليه المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بقانون رقم: 11-04، مذكور آنفا.

2- تنص المادة 181 فقرة أولى من الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في: 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، آنف ذكره، على أنه: " يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة، ووضع الأساس، والهيكل والإحاطة، والتغطية".

علاج موضوع الضمانات القانونية اللاحقة لاستلام[1] المنشأة، انطلاقا من موضوعها، مبرزين نطاق تطبيق كل ضمان ونظامه القانوني، وذلك حسب التقسيم الآتي:

الفصل الأول: المسؤولية عن ضمان عيوب البناء غير الماسة بصلابة المنشأة.

الفصل الثاني: المسؤولية عن ضمان عيوب البناء الماسة بصلابة المنشأة(الضمان العشري)

الفصل الأول:

المسؤولية عن ضمان عيوب البناء غير الماسة بصلابة المنشأة

إن العيوب التي تعتري البناء بعد استلامه بفترة قصيرة يغلب أن تكون عيوبا بسيطة لا تطال بنية المنشأة الأساسية، كهيكل البناء وأساساته، وإنما تلحق أجزاءه الأخرى، مثل الشروخ السطحية التي تظهر على الجدران والواجهات الخارجية للبناء، وهذا النوع من الأضرار إنما يثير تطبيق ضمان كمال الإنجاز متى ظهرت هذه الأضرار خلال أجل سنة، وهـــــي مـــــدة الضــــــمان، وإلا فإن المسؤولية العقدية هي التي تكون واجبة التطبيق حسب ما كرسه القضاء الفرنسي من حلول في هذا المجال، ولكن قواعد هذه المسؤولية لا تطبق إلا فـــــي حالات معينة كما سنرى لاحقا.

ونشير مرة أخرى، أن القانون المدني لم ينص على هذا الضمان الجديد، وبالتالي فإن المقاول لا يضمن بعد الاستلام سوى العيوب الجسيمة التي تهدد سلامة واستقرار المنشأة حسب المادة 554 مدني، ولكن هل معنى هذا أن ذمة المقاول تبرأ نهائيا من المسؤولية عن عيوب البناء الأخرى؟

1- لم يعين قانون 11-04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية من أين يبدأ أجل ضمان كمال الإنجاز في السريان، ولذلك هل يبدأ هذا الأجل في السريان من يوم استلام المرقي للبناية من مؤجري العمل أم من يوم حيازة أو تسلم المقتني لها من عند المرقي؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه لاحقا. راجع ص 355.

وتجدر الإشارة، أن المقاول المتعهد في إطار قانون الصفقات العمومية يترتب عليه التزام بتنفيذ أشغال إنجاز المنشأة أو البناء تنفيذا كاملا ومطابقا ووافيا[1]، مما يعني ذلك أنه ملزم **بالتنفيذ الكامل** لأشغال الإنجاز[2].

وحسب المادة 47 من دفتـــــــر الشروط الإدارية العامـــــــة، فإن المقـــاول يظل مســـــــؤولا عن أشـــــــــغاله، ويتعين عليه صيانتها خـــــــــلال مدة الضمان المسمـــــــى: Garantie parachèvement وتحدد مدة هذا الضمان في حالة عدم ورود نص صريح في دفتر الشروط الخصوصية بستة أشهر ابتداء من تاريخ التسليم المؤقت بالنسبة لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية وبسنة واحدة للأشغال الأخرى[3].

وبانقضاء أجـــــــل ضمان شبه الإنجـــــــــاز Garantie parachèvement يجرى الاستلام النهائي حيث يبدأ أجل الضمان العشري في السريان.

هذا وقد تم النص على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بموجب المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04 المؤرخ في: 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وهذا ما يبرر بحثه ضمن هذا الفصل.

وعليه، فعيوب البناء غير المؤثرة التي تنكشف بعد الاستلام، إما أن تثير تطبيق ضمان كمال الإنجاز(**المبحث الأول**)، أو قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام(**المبحث الثاني**).

1- راجع المادة 108 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقـــــــم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيـــــــــم الصفقات العموميـــــــة وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- يتم التثبت من التزام المقاول المتعهد بالانجاز الكامل لأشغال البناء فـــــــــي إطار الصفقات العمومية عنـــــــد الاستلام المؤقت ما لم يتم النص في الصفقة على أجل الضمان. راجع المادة 131 من نفس المرسوم الرئاسي رقم: 15-247.

3- راجع المادة 47 نطة 2 من قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة، مذكور آنفا.

المبحـــث الأول:

ضمـــان كمـــال انجـــاز أشغال البناء

ضمان كمال الانجاز هو آلية تم استحداثها لأجل السماح لرب العمل بالحصول خلال أجل سنة بعد الاستلام على عمل مطابق لتوقعاته المشروعة[1]. و في المعنى ذاته، يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي بأن هذا الضمان وجـــــــــد لأجل السماح لرب العمل للحصول على عمـــــــل مطابق وسليم كما تم الاتفاق عليه أو من المفروض أن يكون عليه عند الاستلام[2]، وبالتالي فإنه يتـــــعلق بضـــــمان شبـــــــه الانجـــــــــاز Garantie parachèvement لمحـــــــــو التحـــــــــفظات المعلن عنها أثنـــــــاء الاستلام، وإصلاح النقائص التي تظهر خلال السنة الأولى[3] التـــــي تعقب الاستلام.

هذا، وقد اعتبره البعض انطلاقا من الغاية التي وجد لأجلها هذا الضمان، أنه يتحال إلى تعويض عيني للأضرار الظاهرة أو التي ستنكشف سريعا بعد الاستلام[4]، وهو بذلك يعتبر وسيلة تسمح لرب العمل بالحصول عينا على الإصلاحات اللازمة لإزالة التحفظات الملاحظة بعد الاستلام[5].

وعليه، يبدو ضمان تمام الانجاز **كالتزام قانوني،** الغرض منه تحقيق مطابقة العمل لما تم الاتفاق عليه أو للحالة التي من المفروض أن يكون عليها عند الاستلام، مما جعل البعض يطلق عليـــه " **ضمان المطابقة** "[6].

1- Huet (J), op.cit., p. 1335.

2- Malinvaud(ph) et Jestaz(ph), op.cit., p. 99

3- Ibid., p. 99.

4- Ibid., p.99.

5- Huet (J), op.cit., p. 1335.

6- V. Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.99.

وقد نص المشرع الجـــــزائري على ضمان كمال الانجاز في قوانين الترقية العقارية المتعاقبة مع اختلاف التسمية التي أعطيت لهذا الضمان في كل منها[1]، أما في القانون الفرنسي، فقد تم استحداث هذا الضمان لأول مرة بموجب المادة 1792/6-2 من القانون المدني المضافة بقانون رقم: 78-12 المؤرخ في: 1978/1/04، المتعلق بالمسؤولية وإلزامية التأمين في مجال البناء[2].

وقد استلهمت تاريخيا أحكام هذا الضمان من الممارسة[3] قبل أن ينص عليه قانون 1978، وما كانت تنص عليه العقود النموذجية[4]، ويتعلق الأمر بالعقد النموذجي الذي وضع سنة 1948[5].

وللإحاطة بقواعد هذا الضمان الخاص جيدا، يجـــــــب التطرق أولا إلى أطرافه(**مطلب أول**) ثم موضـــــوعه(**مطلب ثاني**)، على نسلط الضـــــــــوء في الأخير على طبيعة هذا الضــــــمان وأحكامه(**مطلب ثالث**):

1- لعل ضمان تمام الانجاز هو المصطلح الأنسب من حيث التسمية، لكونه يعبر عن مضمون هذا الضمان الخاص أكثر من أية تسمية أخرى، بينما ضمان حسن الانجاز يبدو أنه لفظ يدل على مفهوم أكثر عمومية، إذ لا يقتصر مجاله على ضمان نقائص عدم المطابقة فحسب، بل يمتد إلى كل عيب في البناء مهما كان حجمه أو مصدره.

2- J.O. 5 janv. 1978, p. 189.

3- Huet (J), op.cit., p.1349.- Voir aussi :

عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 450.

4- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 174.

5- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 429، 430.

المطـلب الأول:

أطـراف ضمـان كمال الانجـــاز

إذا كان القانون الفرنسي قد جعل من المقاول هو المتدخل الوحيد المدين بهذا الضمان وفقا للمادة 1792- 6 من القانون المدني، فإن الأمر يختلف في القانون الجزائري الذي نص على ضمان كمال الانجاز ضمن الالتزامات الملقاة على عاتق المرقي في علاقته بالمقتني، وهذا ما نصت عليه المادة 14 من المرسوم التشريعــــــــي رقــــــــم: 93-

03، المتعلق بالنـــــــــــــشاط العقـــــــــــــاري والمادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقيـــــــة العقارية المذكورين آنفا، وذلك على الرغم من أن المرقي لا يقوم بتنفيذ أشغال إنجاز المنشأة بنفسه، وإنما يتعهد بالبناء فحسب[1].

وهكذا، فإن المرقي يتحمل في القانون الجزائري إلي جانب المقاول حسب المادة 2-6/1972 من القانون المدني الفرنسي، الالتزام بضمان كمال الانجاز، علما بأن القانون المدني الجزائري جاءت مواده المنظمة لعقد المقاولة خالية من أية إشارة لهذا نوع من الضمان.

أما المستفيد من هذا الضمان الجديد، فمن المنطقي أن يكون هو رب العمل الذي تنفذ لحسابه المنشأة، غير أن الأمر ليس كذلك في القانون الجزائري الذي منح حق المطالبة بهذا الضمان للمقتني في عقد بيع عقار مبني فحسب، مما ينبغي التساؤل هنا عن مبررات قصر هذا الضمان على هذا العقد دون عقدي حفظ الحق والبيع على التصاميم[2].

1- راجع المادة 16 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- ولكن بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم: 13-431 مؤرخ في: 2013/12/18 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للاملاك العقارية، نجده قد ألقى بهذا الضمان على عاتق المرقي في عقد البيع على التصاميم، مع أنه لم ينص على ذلك في قانون 11-04. راجع البند المتعلق بالضمانات من هذا المرسوم.

الفـــرع الأول: المـــدين بضـــمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز:

المدين بهـذا الضمان في القانون الفرنسي هـو المقاول(**أولا**)، أما في القانون الجـزائري، فهو المرقـــــي(**ثانيا**).

أولا- المقـاول:

يقع الالتزام بضمان تمام الانجاز على الوجه الأكمل على عاتق المقاول دون غيره من المتدخلين في تشييد العقار، مما يعني أن باقي المتدخلين لا يتحملون هذا الضمان، حيث تظل مسؤوليتهم خاضعة لقواعد القانون العام وحدها، وهذا هو حال صاحب العمل[1].

إذن، إن الرجوع بضمان تمام الانجاز يكون على المقاول المعني Entrepreneur intéressé دون غيره من المشيدين أو الفنيين الذين لا يلزمون بهذا الضمان[2].

وترتيبا على ذلك، يجب على رب العمل رفع دعوى المطالبة بإصلاح الخلل وفقا لأحكام هذا الضمان على المقاول المعني دون غيره، لعدم وجود تضامن أو حتى التزام تضاممي بينهم. ولكن هذا لا يمنع المقاول الذي رجع عليه رب العمل من الرجوع بدوره على المسؤول الحقيقي عن الخلل[3].

ولكن لا يسأل المقاول وفقا لهذا الضمان إلا عن النقائص التي تنطوي عليها الأشغال المنجزة من طرفه[4]، وإذا تعدد المقاولون المتدخلون في البنـــــــاء، فإن المدين بالإصلاح هو مـــــــن

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.191. Voir en ce sens, Jean Louis Costa, « La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 janvier 1978 », Recueil Dalloz Sirey, 1979, 6e Cahier.Chronique.- VII, p.43, col.2. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 173.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 435.

3- نفس المرجع والصفحة.

4- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 174.

يكون عمله غير تام، لكن لا يوجد ما يمنع من جهة أخرى المقاول الذي تكفل بالإصلاح أن يرجع ضد المتدخلين الآخرين، أو ضد المقاول أو المهندس المعماري الذي يمكن أن تنهض مسؤوليتـــــــه، أو ضد مقاوليه من الباطن[1].

وما يلاحظ في هذا الصدد، أن المشرع الفرنسي كان أكثر دقة عند تحديده للمدين بالضمان المنصوص عليه بالمادة 1792/6-2 من القانون المدني، عندما قرر بأن الملتزم بالضمان هو المقاول المعني[2].

وغني عن البيان أن المشرع الجزائر على غرار المشرع المصري وخلافا للمشرع الفرنسي لم يورد في القانون المدني أي نص على التزام المقاول بضمان تمام الانجاز، غير أنه نص في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم: 15-247 المذكور آنفا، في المادة 108 فقرة 2 منه، على ضـــــــــــــــرورة تنفيـــــــــــــــذ الأشغال من طرف المتعامل المتـــــــــــــعاقد(المقاول) **تنفيـــــذا كـــــــــاملا** ومطابقا ووافـــــــــيا، ولأجل ذلك ألزمه بتقديم كفالة حسن التنفيذ، محـــــــــــــددا نسبتها بـين 5 إلى 10 في المائة من مبلـــــــــغ الصفقة[3]، ولكن إذا تم النص في الصفقة على أجل الضمان، فإن هذه الكفالة تحول عند الاستلام المؤقت إلى كفالة ضمان[4].

وباستقراء أحكام المادة 130 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم: 15-247، يتضح بأن المقاول المتعهد ملزم بضمان حسن تنفيذ إنجاز المنشأة، ولأجل بلوغ هذه النتيجة ألزمه المشرع بموجـــــــــب المادة نفسها بإنشاء كفالة، لكنه لم يحـــــــــــدد أجلا للتأكـــــــــــــد من حسن هذا الإنجاز، مما يعني أن المقاول يكون ملزما بإصلاح النقائص التي تنطوي عليـــــها المنشأة وقـــــــــــت الاستلام المؤقت لها.

1- Huet (J), op.cit., p. 1337

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 173.

3- راجع المادة 133 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقـــــم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المذكور آنفا.

4- راجع المادة 131 من نفس المرسوم الرئاسي.

ولكن إذا تم استلام المنشأة دون إبداء أي اعتراضات من رب العمل، فلا يمكن لهذا الأخير أن يدعي وجود نقائص في المنشأة في وقت لاحق لاستلامها، هذا ما لم يلتزم المقاول بمقتضى الصفقة بضمان حسن الانجاز لمدة معينة[1]، وحينئذ تتحول كفالة حسن التنفيذ عند الاستلام المؤقت إلى كفالة ضمان Caution de garantie.

وتحدد مدة ضمان شبه الإنجاز Garantie parachèvement حسب المادة 47 نطة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة المذكور آنفا، في حالة عدم ورود نص صريح في دفتر الشروط الإدارية الخصوصية على أجـــــل الضمان، بستة أشهر ابتداء من تاريخ الاستـــــلام المؤقت لأشغال الصيانـــة وحفر الأسس والطرق الحجرية، وبسنة واحدة للأشغال الأخرى.

وعلى ذلك، فإن ضمان حسن تنفيذ أشغال إنجاز المنشأة يكتسي في ظل القانون العام طابعا اتفاقيا، وذلك فيما يخص تحديد مدة الضمان، أما من حيث المصدر، فهو ضمان قانوني.

ثانيا- المرقي العقاري:

لقد نص المشرع على التزام المرقي العقاري بضمان كمال الانجاز لأول مرة بالمرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري[2]، ثم

بقانون 11- 04 مؤرخ في: 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية[3].

1- راجع المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

2- تنص المادة 14 فقرة 2 من المرسوم التشريعي 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، على أنه: " غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة، ولا من **ضمان حسن إنجاز المنشأة** التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة".

3- تنص المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه: " غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي طيلة سنة واحدة "

وبذلك يكون المشرع قد خالف ما يجري عليه القانون المدني الفرنسي الذي لم يتضمن من بين الخاضعين لهذا الضمان، بائع العقار تحت التشييد الخاضع لأحكـــــــــام المادة 1/1601 وما بعـــــــــــدها، والمادة 1642-1 والمادة 1646-1، ولا المرقي العقاري الخاضع للمادة 1831-1 وما يليها، على الرغم من اعتبار هؤلاء من المشيدين[1].

ولعل مبرر فرض هذا الضمان على المرقي، يرجع لكونه ملزم بتسليم عقار بعد تمام إنجازه مطابقـا للتعهـدات التعاقديـة[2].

وباستقراء نص المادة 13 فقرة أولى من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالترقية العقارية، يتضح بأن التزام المرقي بتسليم بناية هو مجرد التزام تبعي لالتزامه الرئيسي بتشييد عقار مطابق للتعهدات التعاقدية[3].

ولأجل ضمان مطابقة الإنجاز للتعهدات التعاقدية، رتب المشرع خلافا للمشرع الفرنسي على عاتق المرقي العقاري التزام بضمان الإنجاز على الوجه الأكمل للأشغال لمدة سنة واحـــــــدة وهذا في قوانين الترقية العقارية المتوالية، مع العلم بأن دور المرقي

لا يتمثل في إنجاز المباني[4]، وإنما ينحصر دوره في إدارة عملية البناء، ومع ذلك ألزمه المشرع بضمان كمال انجاز البناية، فما مدى هذا التعارض؟

في البداية يجب الإشارة إلى عدم وجود أي نص في قوانين الترقية العقارية السابقة سواء كان قانون 86 -07 الملغى أو المرسوم التشريعي رقم: 93-03 الملغـ ـ ـى أيضا يحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـظر علـ ـ ـ ـ ـى

- -

- -

1- Huet (J), op.cit., p.1349.

2- راجع المادة 13 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمادة 12 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، مع الإشارة إلى أن هذين النصين متطابقين تقريبا مع فارق بسيط في ترجمة بعض الألفاظ.

3- Voir dans le même sens, Malinvaud (ph) et Jetaz (ph), op.cit., p. 345.

4- راجع المادة 16 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد تنظم نشاط الترقية العقارية. راجع عكس ذلك، المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري التي كانت تحصر نطاق نشاط الترقية العقارية في مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز المشاريع العقارية.

المرقين العقاريين القيام بإنجاز المشاريع العقارية بأنفسهم، وإن كان يغلب عملا قيامهم بهذه المهمة[1].

ونسجل نفس الوضع في القانون الفرنسي السابق، وكذلك القانون الحالي الذي لا يمنع المرقون العقاريون من القيام بإنجاز مشاريع البناء بأنفسهم[2]، ولعل هذا ما يفسر خضوع المرقين لقواعد المسؤولية الخاصة بالمشيدين.

ويقرر في هذا السياق جانب من الفقه الفرنسي بأن المرقين أصبحوا ملزمين بضمان حسن انجاز أشغال البناء، لأنهم كانوا في السابق لا يولون بعد البدء في العملية وتأجيرها أي اهتمام لها، حيث يتركون زبائنهم يختصمون وحدهم المهندسين المعماريين والمقاولين[3].

هذا وقد نص المشرع في ظل المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري على التزام المتعامل في الترقية العقارية بضمان **حسن إنجاز المنشأة** في إطار عقد

البيع بناء على التصاميم[4]، بينما نص على نفس الالتزام في القانون الحالي رقم: 11-04 ضمن عقد بيع عقار مبني[5]، مما يعني اقتصار ضمان تمام الإنجاز على هذا العقد دون عقدي حفظ الحـــق[6] والبيع على التصاميم[7].

ولعل سبب هذا التحديد يرجع إلى أن إبرام عقد بيع عقار مبني لا يكون قاصرا خلافا لعقدي حفظ الحق والبيــــــع على التصاميـــــــم على المرقـــي العقـــــاري وحــده، إذ يمكـــــن لأي شخص

1- راجع المادة 8 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، المذكور آنفا.

2- Voir en ce sens, Saint-Alary (R), op.cit., p. 66.

3- Ibid., p. 65.

4- راجع المادة 15 التي تحيل على المادتين 8، 10 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري الملغى المذكور آنفا.

5- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

6- راجع المادة 27 من نفس القانون.

7- راجع المادة 28 من نفس القانون.

تتوفر لديه القدرة المالية والكفاءة التقنية لإنجـــاز المباني إبرامه حتى ولو لم يكن يتمتع بصفة المرقـــــــي[1]، كمن يقوم ببناء عقار لأجل بيعه، وهذا هو وضع البائع-الباني[2].

وزيادة على ذلك، نجد المشرع قد منح المقتني في إطار عقد البيع على التصاميم حماية خاصة تغنيه عن هذا الضمان، فعقود البيع التي تتم من طرف المرقي العقاري أصبحت اليوم عقودا محاطة بتنظيم تشريعي خاص[3]، وهذا لأجل توفير حماية كافية للمقتنين، نظرا لكونهم يمثلون الطرف الضعيف فـــــــي علاقاتـــــهم بالمرقيـــــــن الذين يتمتعـــــــون عادة بقدرة ماليـــــــة و اقتصادية مذهلة من

جهة، و تقنية من جهة أخرى، حيال زبائنهم من المقتنين، فهؤلاء كل همهم أن يحصلوا على مسكن يأوون إليه آخر النهار، مع العلم بأن معظم المنجزات العقارية التي تمت سابقا في إطار عقود البيع على التصاميم هي مباني سكنية أو مهنية[4].

و من مظاهر الحماية المقررة لصالح المشتري نذكر أيضا، كيفية التسديد التي تتم في شكل دفعـــــات أو تسبيقات علـــــى حـــــسب تدرج إنجـــــاز الأشغـــــال، و ذلك مراعـــــاة للحـــالة الاقتصاديـــة و الاجتماعية للمكتتب(المقتني)، فهو غالبا ما يكون من ذوي الدخل المحدود[5].

إذن، لا يمكن وفقا لنص المادة 44 من قانون 11-04 المذكور آنفا تطبيق ضمان كمال الانجاز إلا في إطار عقد بيع عقار مبني، و هذه المادة تحيل على المادة 26 من نفس القانون.

1- يستفاد ذلك من مفهوم المخالفة لنص المادة 29 من قانون 11-04، يحـــــــدد القواعد التـــــي تنظـــــم نشاط الترقيـــــة العقاريـــة، مذكور آنفا.

2- محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 223 و ما بعدها.

3- راجع، المادة 47 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

4- راجع، المادة 35 و المادة 36 من نفس القانون، المتعلقتان بالقروض العقارية.

5- لقد استحدثت هذه الصيغة من البيـــوع لأجـــل القضاء على مشكـــــل السكـــــن الذي طالما عانـــــى منـــــه المجتمـــــع الجـــــزائري و خاصة في المدن الكبرى، و لازالت الحاجة إلى السكن حتى الآن تتربع رأس قائمة المشاكل التي يعاني منها المواطن الجزائري لذا فقد وجهت هذه الصيغة إلى الفئات الاجتماعية ذات الدخل المحدود حتى يتسنى لها الحصول على ملكية سكنية بسعر معقول.

و على ذلك، يخضع للالتزام بضمان الإنهاء الكامل بائع العقار المبني أي من يقوم ببيع عقار بعد تمام إنجازه سواء كان يتمتع بصفة المرقي أو لا[1]، مما يعني أن المرقي الذي يقوم ببيع عقار(بناية أو جزء من بناية) وفق نظام البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق لا يمكن أن يتحمل الالتزام بضمان الإنهاء الكامل، ***و إنما يتحـــــمل***

استثــــــــنـاء المسؤوليـــــة العشـرية[2] و هذا على الرغم من عدم النص صراحة على ذلك، إذ أنه لم يرد ذكر المرقي في إطار هذين العقدين ضمن قائمة الأشخاص الملزمين بالمسؤولية العشرية.

يظهر مما سبق، أن وضع المرقي الذي يقوم ببيع عقار مبني يعد مختلفا تماما عن وضع المرقي في غير ذلك من الحالات، حيث ألزمه المشرع صراحة في المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04 بنوعين من الضمان، و هما علـى التوالـي: المسؤوليـة العشـرية التـي قـد يتعـرض لـها حسـب التعبيـر الحرفـي للنـص، و ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الانجاز.

و هكذا، فإن المشرع يفترض على ما يبدو في من يقوم ببيع عقار بعد تمام إنجازه أنه القائم بالإنجاز، و بتعبير أكثر دقة هو المشيد، و لكن ربما يبدو هذا الاستنتاج غير صحيـــــــح خاصـــــــــة و أنه يتعارض مع أحكام نص المادة 16 فقرة أولى من قانون رقـم: 11-04 التــــــــي تلـــــــــــــزم المرقـــــــــي العقاري الذي يبادر بإنجاز مشروع عقاري أن يستعين بخدمات مقاول مؤهل قانونا بناء على عقد مقاولة يبرم بين الطرفيـن بعـد الحصول علـى عقـود[3] التعمير المطلوبة.

و بالتالي، فإن المشرع يحظر على المرقي أن يقوم بتنفيذ أشغال إنجاز البناء بنفسه من ناحية[4]، و يجيـــز له من ناحــــــية أخرى بمفهوم المخالفة للمــــادة 29 من قانون رقــــــــــم: 11- 04

1- راجع، المادة 29 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- راجع، المادة 49 فقرة أولى من نفس القانون.

3- لقد استعمل المشرع في المادة 16 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04 خطأ كلمة عقود بدلا من كلمة تراخيص، و هي الكلمة الصحيحة.

4- راجع المادة 16 فقرة أولى من قانون رقم: 11-04.

القيام بذلك.

ومن ثم، إذا لم نسلم بهذه النتيجة قياسا على أحكام المادتين: 29، 16 فقرة أولى والمادة 26 من نفس القانون، فإننا نكون أمام أحد هذين الفرضين:

الفرض الأول: إذا تم إبرام عقد بيع عقار مبني من طرف المرقي، فإنه يمتنع على هذا الأخير أن يقوم بعملية إنجاز الأشغال بنفسه، وهذا احتراما لمقتضيات أحكام المادة 16 فقرة أولى من قانون 11-04.

أما الفرض الثاني: فيتحقق في حالة إبرام العقد من طرف شخص لا يتمتع بصفة المرقي العقاري، وبالتالي يمكن له القيام بتنفيذ أشغال الإنجاز بنفسه دون أن يكون هناك تعارض بين نص المادتين 29، 26، والمادة 16 فقرة أولى من قانون 11-04، ولكن في هذا الفرض الأخير لا نكون بصدد عقد بيع ترقوي، بل نكون أمام بيع عادي، مما يجب استبعاد هذا الفرض.

ويبرر جانب من الفقه الفرنسي عدم إخضاع بائع العقار تحت التشييد، وكذلك المرقي العقاري لضمان كمال الانجاز بما يلي:

إنه صحيحا بالنسبة لبيع العقار تحت التشييد أن الضمان ضد العيوب الخفية يستوعب نقائص هذا الحل، ولأن المرقي من جهة أخرى يتحمل قبل كل شيء مهمة تسيير مشروع البناء، ولا يكون بالضرورة مقاولا، إذ يعد هذا في حد ذاته تبريرا[1].

ولكن، هل يمكن أن يستفيد المرقـي العقـاري من أحكام هذا الضمـان إذا لم يقـم بإنجـاز الأشغال بنفسه؟

----

1 - V. Huet (J), op.cit., pp.1349, 1350.

الفرع الثاني: المستفيد من ضمـان كمـال الإنجـاز:

لعل المستفيد في المقام الأول من هذا الضمان هو رب العمل(**أولا**)، كما هو الوضع في القانون الفرنسي، ويستفيد المشتري أيضا من هذا الضمان(**ثانيا**)، كما هو الحال في القانون الجزائري.

أولا- رب العمل:

لاشك أن المستفيد في المقاول الأول من ضمان الإنجاز على الوجـه الأكمـل هو رب العمـل الـذي تنفـذ لحسابه عادة أشغال إنجاز البناء.

ويكون المرقي مدينا بهذا الضمان وليس دائنـا به[1]، مع أنه يكون لرب العمل في مجال الترقية العقارية أن يتمسك بضمان كمـال الانجـاز فـي مواجهـة المقاوليـن المستخدمين من طرف المرقي وفقا لعقود المقاولة المبرمة لحسابه[2].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي بأن رب العمل هو المستفيد الوحيد من ضمان تمام الانجـــــاز[3] دون متلقي ملكية العقار[4]، بل يرى جانب آخر من هذا الفقه بوحدة المستفيد من تطبيق أحكام الضمان القانوني بأنواعه الثلاثة[5].

ثانيا- المشتري:

يستفيد المشتري من أحكام هذا الضمان أيضا، ولكن في إطار عقد بيع عقـار مبنى[6].

ويطرح السؤال عما إذا كان المرقي العقاري يستفيد أيضا من هذا الضمان؟

1- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.
2- V. Huet (J), op.cit., p. 1350, note(120).
3- Caston (A), op.cit., p. 106.
4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 433.
5- أنظر أصحاب هذا الرأي، عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع والصفحة.
6- راجع المادة 26 فقرة 1، 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

إن الإجابة على هذا السؤال تستلزم منا التفرقة بين فرضين:

- إذا قام المرقي ببيع مبنـــى بعد إنجـــازه، فإنه يتحـــمل الالتـــزام بضمان تمام الانجـــاز في مواجهة المشتري وفقا لنص المادة 26 فقرة 3 من قانـــون 11-04 حتـــى ولو كان هـو من قام بالانجـــاز، وذلك قياسا على المادة 29 من نفس القانون[1].

- أما إذا تعهد المرقي بالبناء فحسب، فإنه لا يكون مدينا بالضمان، بل يكون دائنا به تجاه المقاولين الذين أسندت إليهم مهمة إنجاز الأشغال، لأنه يكون في هذه الحالة في مركز رب العمل ولو قام ببيع المباني المنجزة بعد ذلك.

المطـلب الثـانـي:

موضـوع ضمـان كمال الانجـاز

سوف نحاول في هذا الصدد الإجابة على السؤال الآتي: ما هي النقائص التي تستوجب تطبيق هذا الضمان الخاص؟

نشير في البداية إلى أن لفظة Désordre هي في الواقع أضيق مفهوما من كلمة Vice في اللّغـة العربيـة، إذ تقترب أكثر من معنى الخلل الذي يقع في إنشاء الأشغال[2]، ومفهوم Désordre يستعمل من الناحية العملية كمرادف لمعنى Vice أو سوء الصنعة Malfaçon بمعنى عدم الإتقان[3].

وإذا كان مفهوم العيب أو عدم الإتقان يرتبط بأصل الضرر أي بمصـــــــــدره، فإننا نجزم بوجـود عدم إتقان إنساني بمعنى تقصير فـــــــي تنفيذ الأشغال الذي يعد خللا بظهور هذا الضـــــــــرر

1- وإن كان هذا الفرض يتعارض مع مقتضيات نص المادة 16 فقرة أولى من قانون 11- 04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 174.

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.101.

بغض النظر عن أسبابه[1]، بمعنى أن الخلل لا يبرز إلا بظهور الضرر بغض النظر عن أسبابه، كـما أن الخـلل والضـرر يبـدو أنهمـا لفظـان مترادفان[2].

وعلى العكس من ذلك، يعتبر رأي فـي الفقه الفرنسي بأن الخـــــــلل يختلف عـــــن الضرر لأنه يغطـي كـذلك نقـائص المطابقـة[3]، كما لا يشترط في الخـلل حتـى يشمله الضمان أن يكون على قـدر كبير مـن الخطورة[4].

وإذا رجعنا إلى أحكام المادة 44 من قانون 11-04 آنف ذكره، يتضح بأن ضمان تمام الانجاز يشمل عيوب البناء، كما يشمل أيضا حسن سير عناصر تجهيز[5] البناية، إذ يقتصر تطبيقه على العيوب المادية التي تلحق المنشأة[6] فقط أي لا يتم إعماله مثلا في حالة التأخير في التسليم، أو بسبب الإخلال بالالتزام بالنصح إلا إذا نتجت عنه أضرار بناء مادية للمنشأة[7].

ولما كان استلام الأشغال يتم بين المقاول المكلف بالإنجاز ورب العمل الذي تنجز لحسابه الأشغال، فإن العيوب الظاهرة وقت الاستلام يكون المقاول مسؤولا عنها في مواجهة المرقي طبقا لقواعد المسؤولية العقدية، نظرا لعدم وجود نص في القانون المدني الجزائري يقرر هذا النوع من الضمان الخاص.

وبالتالي لا يكون المرقي حسب المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04 مسؤولا فعليا عن العيوب الظاهرة بالمبنى، بل يسأل عنها تجـاهه المقاول المتعاقد معه إذا تم التحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـفظ عليها طبقا

- -

- -

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 101.
2- Ibid., p.101.
3-Aubry (J-B) et Périnet-Marquet(H) cités par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p.101, note(2).
4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 441.
5- يخضع حسن سير عناصر تجهيز البناية في القانون الفرنسي لنظام ضمان حسن التشغيل المنصوص عليه بالمادة 3/1792 مدني، المستحدثة بقانون رقم: 78-12 المؤرخ في 4 جانفي 1978، المتعلق بالمسؤولية وبإلزامية التأمين في مجال البناء، مذكور آنفا.
6- Mdoe.over-blog.com/article-6163047/html
7- Voir même site.

لقواعد المسؤولية العقدية، لأن ضمان كمال الإنجاز يكون قاصرا على عقد بيع عقار مبني كما أسلفنا القول.

وعلى ذلك، سوف نحاول بحث المسؤولية عن عيوب البناء الظاهرة وفقا لهذا الضمان في إطار عقد بيع عقار مبني، وهذه العيوب لا يمكن أن يسأل المقاول عنها في القانون المدني إلا وفقا للمسؤولية العقدية، حيث نبدأ بعيوب البناء الظاهرة أثناء الاستلام(**الفرع الأول**)، ثم العيوب التي ستظهر لاحقا خلال السنة الموالية للاستلام(**الفرع الثاني**).

الـفرع الأول: عيـ ـوب البنـ ـاء الظاهرة:

هي تلك العيوب التي تكون ظاهرة وقت استلام البناء، وهي إما أن تكون محل تحفظات(**أولا**) أو لا (**ثانيا**).

أولا- عيوب البناء الظاهرة محل التحفظات:

كان المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ينص على ضمان المتعامل العقاري للعيوب الظاهرة فقط[1]، أما قانون رقم: 11-04، فإنه يلزم المرقيالعقاري في المادة 44 منه، بإصلاح عيوب البناء بشكل عام دون تمييز بين الظاهرة منها والخفية[2]، وبذلك فهو يهدف إلى تمكين المقتني من الحصول على بناية سليمة وخالية من العيوب.

ويبدو أن المشرع الجزائري لا يختلف موقفه كثيرا عن موقف المشرع الفرنسي الذي قرر في المادة 1792/6- 2 من القانون المدني بأن ضمان تمام الانجاز لا يغطي سوى عيوب البناء الظاهرة عند الاستلام.

1- راجع المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى، المذكور آنفا.

2- كان قانون 86-07 مؤرخ في: 4 مارس 1986، يتعلق بالترقية العقارية ينص على التزام المكتتب بضمان العيوب الظاهرة لمدة 3 أشهر من تاريخ تسلم العمارة(البناية) من طرف المرشح للملكية (المادة 39 منه)، أما العيوب الأخرى أي الخفية، والتي لا تثير الضمان العشري، فيلتزم المرقي بضمانها مدة 3 سنوات ابتداء من تاريخ تسلم الأشغال أو من تاريخ اكتشاف العيب في المبنى المذكور(المادة 40 من نفس القانون).

كـما أكـد الفقه الفرنسي من جانبه هذا الحل أيضا، حيث ذهب إلى أن الأضرار محل التحفظـات يجـب إصلاحـها وفقـا لضمان الإنهاء الكامل، وبعبارة أخرى لا يمكن إصلاح هذه العيوب إلا وفقا للضمان المنصوص عليه بالمادة 1792/6-2 من القانون المدني[1]، وهذا ما صرح به القضاء الفرنسي كذلك[2].

وبالمقابل، لايمكن إعمال الضمانات القانونية(العشرية والثنائية) حتى ولو اجتمعت شروطها[3].

لكن، هناك من يرى العكس، نظرا لكون ضمان تمام الانجاز يشمل تعويض جميع الخلال الملاحظة من طرف رب العمل، وبالتالي، فإنه يشمل تلك العيـوب التـــي تثيـــر الضمان العشري والتي كانت فـــي حـــــد ذاتها مستبعدة من قبل،

وهذا حكـــــم منطقـــــي للتخفيـــــف من تكلفـــــة التأميـــــن الإلزامي الذي لا ينصب إلا على الضمان العشري دون ضمان تمام الانجاز[4].

وعلى العكس من ذلك، يرى الفقيه ريمي أنه طالما كان ضمان تمام الإنجاز لا يغطى بواسطة التأمين الإلزامي للمشيدين، فإن التحفظات المعلن عنها من طرف رب العمل لا تترك له إطلاقا إمكانية الخيار بينه وبين الضمان العشري، إذ لا يمكنه أن يطالب المؤمن بشيء إلا في فرض نادر أين يقوم المقاول كذلك بالتأمين بإرادته استنادا للضمان الكامل[5]، وهذا ما ما قرره تحديدا قرار 29 أفريل 1987.

1- Périnet-Marquet (H), op.cit., p.27.

2- Cass.civ3, 29 avril 1987, Bull.civ.III, n89, p. 53 ; RDI.1987.351, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

3- Périnet-Marquet (H), op.cit., p.27.- Voir aussi, Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.180.

4- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 99.

5- Philippe Rémy, « Les désordres faisant l'objet de réserves lors de la réception ne relèvent pas de la garantie décennale (art. 1792-6 c. civ.) », Rev.Trim.Dr.Civ 1988(2), avril- juin 1989, p. 344.

وفي نفس الاتجاه لا يمكن إعمال التأمين الإلزامي من المسؤولية، طالما يبدأ من تاريخ الاستـــــلام[1] إذا كانت النـــــقائص ظاهرة فـــــي هذا الوقت، والتي كانت موضـــــوع تحـــــفظات والمدرجة في محضر الاستلام، إذ لا تثير هذه النقائص حسب الفقه الفرنسي الغالب الضمان العشري حتى ولو اجتمعت شروطه[2].

غير أن هذه القاعدة تخضع لاستثناء، إذ يمكن لرب العمل أن يطالب المقاول بإصلاح العيوب المعلن عنها أثناء الاستـ ـ ـ ـلام على أساس الضمان العشري، والتـ ـ ـ ـ ـ ـي لم تنكشـ ـ ف من حـ ـ ـ ـيث مداهـ ـ ـ ـ ـا وآثارها إلا بعد ذلك[3].

ورغم أن ضمان تمام الانجاز مرتبط كثيرا بإصدار التحفظات في محضر الاستلام أو بتلك التـي يتـم إخطـار المقاول بها كتابة، والتي لا تظهر إلا في وقت لاحـق للاستـلام إلا أن المادة 1792/6-2 من ق.م الفرنسي لم تقـل بأن هـذا الضمان يستبعد تطبيق الضمان العشري متى كانت الخلال تستجيب للمفهوم المعطى من قبل المادة 1792 من القانون المدني[4].

ولتبرير مثل هذا القرار، يجب الرجوع إلى روح القانون، وجعل ضمان كمال الإنجـ ـ ـاز إلزاميـ ـ ـ ـ ـ ـا ومد نطاقه إلـ ـى الخلال التي تثير مبدئيا الضمان العشري مع أن قانون 1978 أراد التقليل من تكلفة التأمين الإلزامـ ـ ـي للبنـاء " حـ ـ ـ ـ ـ ـماية للممارسة"، لهذا لماذا يبدو أن النص منـ ـ ـ ـح رب العمل ضـ ـ ـمان إضافـ ـ ـ ـي، ونستخلص على العكس حلا يجيز له الخيار بين الدعويين الأفضل لصالحه[5].

1- Cass.civ1, 29 fév. 1993, Bull.civ.I, n 50 cité par : Périnet-Marquet (H), op.cit., p.27.

2- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.190 ; Périnet-Marquet (H), Ibid., p. 27.

3- Cass.civ3, 12 oct. 1994, Bull.civ.III, n17 cité par : Périnet-Marquet (H), Ibid., pp.27, 28.

4- Rémy(Ph), « Les désordres faisant l'objet de réserves lors de la réception ne relèvent pas de la garantie décennale (art. 1792-6 c. civ.) », op.cit., pp. 344, 345.

5- Rémy(Ph), « Les désordres faisant l'objet de réserves lors de la réception ne relèvent pas de la garantie décennale (art. 1792-6 c. civ.) », Ibid., p. 345.

ولكن هناك من يرى بأن هذه العيوب يجب إصلاحها وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية باستثناء ما إذا أخذنا في الاعتبار ضمان تمام الانجاز[1]، لأن الغاية التي يجب أن تكون هي مطابقة المنشأة لاشتراطات الصفقة، وأن المقاول يضمن هنا نتيجة[2]، وترتيبا على ذلك، يجب على المقاول أن يعيد الأعمال التي أخطر أثناء الاستلام بأنها غير مطابقة[3].

أما فيما يخص أجل الدعوى، فإنها تتقادم دون شك خلال أجل عشر سنوات ابتداء من استلام الأشغال على غرار العيوب الظاهرة أثناء الاستلام، والتي كانت محل تحفظات[4].

ثانيا- عيوب البناء الظاهرة غير المتحفظ عليها:

إن العيوب الظاهرة عند الاستلام والتي لم تكن محل تحفظات لا يمكن إثارتها على الإطلاق في مواجهة المشيدين[5]، أي أنها لا تؤخذ بعين الاعتبار ولا يتحملها المقاول لاحقا[6] لأن الاستلام دون تحفظ يغطي نهائيا كل أضرار البناء ونقائص المطابقة الظاهرة عند الاستلام، وبالتالي، فإنه يستبعد إصلاحها سواء على أساس الضمان العشري، الثنائي، كمال الانجاز، أو المسؤولية التعاقدية للقانون العام[7]، ومن ثم، فإن العيوب الظاهرة غير المتحفظ عليها عند الاستلام تستبعد من كل ضمان[8]، شريطة أن تكون ظاهرة من حيث الأسباب والآثار[9].

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.190.

2- Ibid., p.193.

3- Ibid., p. 193.

4- Ibid., 193.

5- Ibid, p.190.

6- Huet (J), op.cit., p.1348.

7- V. Périnet-Marquet (H), op.cit., p.27.

8- Boubli (B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1988) », op.cit., p.4, col.1.
9- Périnet-Marquet (H), op.cit., pp. 27, 28.

وهكذا، فإن العيوب الظاهرة حسب الفقه الفرنسي تكون مقبولة من طرف رب العمل الذي لا يمكنه الرجـــوع بالضمان على المقاول بشأنها، إذ يفتـــــــــرض فيه أنه تخـــــــلى عن التمسك بها[1] أي يعد متنازلا عن حقه في طلب إصلاحها[2]، غير أنه يمكن لرب العمل الرجوع على صاحب العمل إذا كان هذا الأخير لم يشير عليه بإبداء التحفظات عند الاستلام [3]، أو إذا لم ينبهه إلى عيب ظاهر[4].

وفي هذا الإطار قرر القضاء الفرنسي إمكانية رجوع رب العمل على صاحب العمل إذا كان هذا الأخير لم ينبهه إلى عواقب غياب التحفظات[5].

وللتخفيف من صرامة الأثر المعفي للاستلام دون تحفظ، أصر القضاء الفرنسي على شكليات معينة، يجب مراعاتها في الاستلام، حيث رفض الأخذ في الحسبان غياب التحفظات المريب أو آثار ذلك في حالة عدم إعلام رب العمل بأثر غياب التحفظات المريب[6]، كما أنه لم يعتد بالاستلام الذي تم من طرف مهندس معماري دون حضوره الشخصي[7].

يبدو أن هذا الحل الأخير مرض بعض الشيء حتى ولو قررنا في هذه الحالة بأن المهندس المعماري يكون هو المسؤول عن الأضرار الظاهرة التي لم يكشف عنها، وإلا كيف نبرر مباشرته للاستلام لحساب رب العمل ولا يسأل تجاهه ككل وكيل؟

ولكـن الأثر المعفـــــي للاستلام دون تحفظ يخـــــــص المقاولين، لأن المهندس المعماري بحكـــــــم

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 80.

2- Carbonnier (J.-P), Article précité, p.272.

3- Huet (J), op.cit., p.1348.

4- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 259.

5- Cass.civ.3, 30 oct. 1991, Bull.civ.III, n250 cité par : Huet (J), op.cit., p.1348, note(115).

6- Cass.civ3, 30 oct. 1991, Bull.civ.III, n250 cité par : Périnet-Marquet (H), op.cit., p.27.

7- Cass.civ3, 17 nov. 1993, Bull.civ.III, n146 cité par : Périnet-Marquet (H), Ibid., p.27.

مهمته في تقديم المساعدة لعميله في عمليات الاستلام قد يتعرض للمسؤولية إذا أغفـل إشـعار رب العمل بعيب ظاهـر[1]، ومع ذلك، فالمرقي الذي يوقع على محضر الاستلام وهو يعلم بالعيـــــب ولا يتحفظ عليه، يستطيع أن يقدر نتائج تصرفه، ولا يلقي باللوم على المهندس المعماري[2].

والواقع، أنه يجب على رب العمل أن يثبت الأضرار الناتجة عن فعل غياب التحفظ الذي أفقده إصلاح المنشأة، ويطالب بتعويض هذا الضرر من المهندس المعماري[3].

الفرع الثاني: العيوب التي تظهر خلال السنة الأولى للاستلام:

يشمل ضمان تمام الانجاز فضلا عن العيوب الظاهرة المتحفظ عليها، العيوب التي تنكشف خلال السنة الأولى للاستلام، و على ذلك، إذا انكشف العيب أو الخلل خلال السنة الأولى للاستلام، وكان من شأنه تعريض متانة المنشأة للخطر أو جعلها غير صالحة للغرض الذي أعدت له، فهل يمكن إصلاحه بالموازاة استنادا إلى الضمان العشري؟

لقد أجابت محكمة النقض الفرنسية على ذلك بوضوح، مقررة بأن: " أحكام المادة 1792/6-2 من ق.م ليست حصرية التطبيق بالنسبة لأحكام المواد 1792، 1792-21792-3 من نفس القانون"[4].

ويرى في نفس الاتجاه الفقــــــه الغالب في فرنسا[5] ومصر[6] بأنه يجــــــوز لرب العمل الخيار بيــــــن

- -
- -
- -

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 190.

2- Cass.civ3, 2 juil. 1974, Bull.civ.III, n321 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 190, note(4).

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p.190.

4- Cass.civ3, 4 fév.1987, Bull.civ.III, n16 ; RDI 1998, p. 232.

5- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.101.- V. En ce sens, Costa (J.-L), op.cit., p. 44, col.1.

6- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 175، محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 143، عمرو طه بدوي محمد علـــــــي، مرجع سابق، ص 443.

الدعويين وفقا لما يراه محققا لمصلحته دون أن يجبـر على إتباع مسلك معيــن[1]، ويستند أنصــار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم على عدة حجج منها:

لما كان الهدف من تقرير الضمانات القانونية حماية رب العمل، فالأولى أن يختار هذا الأخير منها الأصلح له[2]، كما أن ضمان كمال الإنجاز هو ضمان تكميلي، لذلك لا يجوز إرغام رب العمل عليه دون الضمان الأصلي، وإن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى تقليص مدة الضمان العشري إلى تسع سنوات[3].

وعلى خلاف هذا الحل، يرفض رأي في الفقه الفرنسي الخيار بين الدعويين، حيث يوجب على رب العمل سلوك طريق ضمان كمال الإنجاز أولا، فإذا لم يقم المقاول بإصلاح عيوب البناء عينا، أو قام بهذا الإصلاح، ولكن بصورة غير مرضية، فيكون لرب العمل عندئذ حق اللجوء إلى الدعوى الأخرى[4]، غير أن هذا الرأي يبدو أنه قد جعل من ضمان كمال الإنجاز الأصل، بينما الضمان العشري مجرد ضمان احتياطي.

أما في القانون الجزائري، فإن المقتني في إطار عقد بيع عقار مبني يملك حق الرجوع على المرقي استنادا إلى الضمان العشري[5]، كما يجوز له الرجوع عليه كذلك استنادا إلى الضمان السنوي[6].

ونظرا لكون العيوب الموجبة لكل منهما متفاوتة من حيث الخطورة، فإنه لا يجوز طلب إصلاح الضـــرر استنـــــــــادا إلى الضمان العشري إذا كان الأمر يتعلق بعدم المطابقة فحـــــــــسب أو

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 343.

2- نفس المرجع، ص ص 443، 444.

3- نفس المرجع، ص 444.

4- Bigot (J) cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع و الصفحة، هامش رقم: (1)

5- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

6- راجع نفس المادة والفقرة من نفس القانون.

مجرد نقص بسيط في الصنعة، ومن ثم، وجب إصلاح الخلل في مثل هذه الحالة استنادا إلى ضمان كمال الإنجاز.

غير أنه إذا كان العيب يمس بصلابة البناء، فإن إصلاح الضرر هنا يكون مبدئيا في إطار الضـــــــــمان العشري، كما يمكـــــــــن إصلاحـــــــــــــــه أيضا استنـــــــــــــادا إلى ضمان كمـــــــــــال الإنجـــــــــــــــــــــاز، وللمضرور(المقتني) الخيار بينهما الأنسب لمصلحته، كما ذهب إلى ذلك الفقـــــه الغالب.

المطلب الثالث:

النظـام القانونـي لضمـان كمـال الإنجـاز وأحكامـه

يتميز ضمان كمال الإنجاز بكونه ضمان موضوعي، وأنه يعتبر تهيئة خاصة للمسؤولية العقدية، كما أنه لا يستبعد تطبيق الضمان العشري إذا كانت عيوب البناء على درجة معينة من الجسامة، وعليه سوف نبحث هاتين المسألتين تحت عنـــــــوان: نظام ضمان كمال الإنجـــــــاز **(الفرع الأول)**.

وعلى غرار الضمان العشري، يخضع تطبيق ضمان كمال الإنجاز لشروط معينة، والتي يمكـــن تحديدها من خلال نص المادة 26 فقرة 3 والمادة 44 من قانون 11-04 سابق ذكـــــــره ولكن بالرجوع إلى فحوى هاتين المادتين لا نجد سوى شرط واحد لا غير، وهو: وجوب أن يظهر العيب في البناء خلال مدة الضمان، وهي سنة واحدة دون تحديد بداية سريانها وبالتالي، فهل هو وقت استلام البناء من طرف المرقي من عند المقاول أم هو وقت تسليم البناية إلى المقتني؟

كما لم تتضمن أحكـام المادتين المذكورتين ما إذا كان المقتنـــــــي ملزم بإخـــــــطار المدين بالضمان

(المرقي) بوجود العيب أم لا، وإذا كان ملزما بذلك ما هي آجال هذا الإخطار، وفي حالة إمتناع المرقي عن إصلاح العيوب التي أخطر بها في المدة المتفق عليها ما هو الحل؟

إن كل هذه التساؤلات وغيرها سوف نحاول الإجابة عنها، وذلك بالرجوع إلى الأحكام العامة في تنفيذ الالتزام بعمل، وكذلك الأحكام المنظمة لهذا الضمان في القانون المدني الفرنسي وذلك تحت عنوان: أحكام ضمان كمال الإنجاز(**الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: نـظام ضمـان كـمال الانجـاز:

إن ضمان كمال الإنجاز المنصوص عليه بالمادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04 آنف ذكره، إنما تقرر لحماية المقتني في مواجهة المرقي(البائع)، وهو ضمان قانوني لاحق لاستلام المبنـــــــــــى، ولكنه نظام غير واضح سواء من حيث طبيعته أو أحكامه لاسيما في القانون الجزائري، وبخلاف القانون المدني الفرنسي(1792-6/2) الذي جاء بأحكام واضحة إلى حد ما.

وإذا كان العيب في البناء يكتسي حدا من الجسامة، فهل يجوز للدائن بالضمان الخـــــــــيار بين ضمان كـــمال الإنجـــــاز والضمان العشري؟ وعلى افتراض أن مدة الضمان قـــــــــــــــــــد انقضت فهل يمكن مساءلة المدين بالضمان استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية في القانون العام أم أن ذمته سوف تبرأ تبعا لذلك؟

وعليه سوف نحاول من خلال هذا الفرع الكشف عن الطبيعة القانونية لهذا الضمان، غير أن ذلك يستلزم منا التعرض لمسألة عبء إثبات تحقق سبب هذا الضمان أولا.

أولا- ضمـان كمـال الإنجـاز هـو ضمـان موضوعـي:

إن التـــــزام المرقي بتسليم بناية أو جزء من بناية خالية من العيوب ومطابقــــة للمواصفات أي

لتوقعات المقتني هو التزام بنتيجة[1]، وبالتالي فإنه يسأل تجاه زبائنه عن الأشغال التي تم تنفيذها بشكل غير مرض(درئ) حتى وإن كان لا يقوم بالإنجاز بنفسه، بل يتعهد بذلك فحسب وفي هذا السياق نصت المادة 49 فقرة أولى من قانون 11- 04 آنف ذكره، على أن " المرقي يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري تجاه زبائنه".

وترتيبا على ذلك، يتحمل المرقي المسؤولية استنادا إلى ضمان كمال الإنجاز المنصوص عليه بالمادة 26 فقرة 3 من قانون 11- 04 بمجرد ظهور عيوب في البناء أو ثبوت عدم حسن سير عناصر تجهيز البناية خلال السنة الموالية للاستلام دون حاجة لإقامة الدليل على وجود عيب في التشييد، والذي يرجع عادة إما إلـى مخالفة الأصول الفنية لمهنة البنـ ـ ـ ـ ـاء أو عدم مراعـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاة قوانيـ ـ ـ ـ ـن البناء ولوائحه.

وفـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي حقيقـ ـ ـ ـ ـة الأمر، هذا الخـ ـ ـ ـ ـ ـ ـطأ إنما ينسب إلـ ـ ـ ـى المكلفين بإنجـ ـ ـ ـ ـ ـاز المنشأة أي المقاوليـ ـ ـ ـ ـ ـن والمهندسين المعماريين وليس إلـ ـ ـ ـى المرقـ ـ ـ ـ ـ ـي العقاري الذي يعتبر منسق لمختلف العمليـ ـ ـ ـ ـات التي تدخل في إنجاز البناية وليس منفذا لها[2].

ونفس الشيء في القانون المدني الفرنسي، فالمقاول المعني يلزم بإصلاح عيوب البناء محل التحفظات أو التي ستنكشف لاحقا **بشكل تلقائي**[3]، إذ لا يتوقف ذلك على إثبات خطأ المشيد المعني.

وعليه، يتحمل المقاول في القانون الفرنسي والمرقي في القانون الجزائري المسؤولية عما يلحق البناء من عيوب خلال السنة الموالية للاستلام دون أن يكون المستفيد من هذا الضـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـمان (رب العمل أو المقتني) ملزما بإثبات أي أمر آخر غير وجود العيب أو الخلل[4].

- -

- -

1- Huet (J), op.cit., p. 1349.

2- راجع المادة 17 فقرة أولى من قانون رقم: 11- 04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

3- Caston (A): op.cit., p. 105.

4- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 176.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن المشرع بتقريره لنص المادة 2-6/1792 من القانون المدني يكون قد أنشأ " ضمانا موضوعيا بحتا"، يقع على المقاول". وقد تم استخلاص ذلك بسبب خلو النص من أية إشارة إلى المسؤولية ولو مفترضة[1]، وهذا ما جعل البعض يقول بأن المقاول يتحمل مسؤولية واقعية (فعلية) Responsabilité de fait

ويرى آخر بأن ضمان كمال الإنجاز يشكل بسبب طابعه التلقائي تهيئة خاصة للمسؤولية التعاقدية للقانون العام[2]، لذلك، فإنه لا يستبعد لاحقا لانقضائه تطبيق مسؤولية القانون العام للمقاول[3].

وكما سبق القول، فهذا الضمان ليس سوى تقنين للممارسة العملية التعاقدية السابقة[4].

ثانيا- مزاحـة ضمـان كمـال الإنجـاز للضمـان العشـري:

إذا كان العيب الذي ظهر في البناء خلال السنة الموالية للاستلام عيبا مؤثرا يؤدي إلى تهديد متانة البناء وسلامته، فهل يجوز للمستفيد من الضمان(رب العمل أو المقتني) الخيار في رجوعه بالتعويض بين الضمانين السنوي والعشري؟

يجب أن نشير أولا إلى أن العيوب التي تكون ظاهرة أثناء الاستلام لا تثير تطبيق الضمان العشري حتى ولو كانت جسيمة، لأن الاستلام النهائي للمنشأة لم يحصل بعد، والقـول بخلاف ذلك يعد على حـد قول البعض أمرا سابقا لأوانه[5]، لذلك فإن هذا التزاحـــــــم لا يكـــــون إلا بالنسبـة

1- Jestaz (Ph) et Malinvaud (Ph), « La loi n 78-12 du 4 jan. 1978, Relative à la responsabilité et à l'assurance dans la construction », J.C.P.1978, I, 2900, n13.

2- V. Karila (J.P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 7, col.1.

3- Cass. civ3, 22 mars. 1995, J.C.P. 1995, II, 22416, note (J) Fossereau. Voir aussi, 19 fé.2002, RDI 2002, p. 241.

4- Le tourneau (Ph), op.cit., p. 486. Voir dans le même sens, Bernardin(H), op.cit., p. 325.

5- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 29.

للعيوب التي تظهر خلال السنة التي تعقب الاستلام النهائي للمنشأة، ولكن أيا من الضمانين يكون تطبيقه لازما؟

على الرغم من أن الغرض من ضمان تمام الإنجاز هو محو عيوب البناء التي تنكشف أثناء الاستلام أو بعده بقليل إلا أن المحاكم في فرنسا لا تمنع رجوع رب العمل استنادا إلى المواد التي تنظم مسؤولية المشيدين بمعنى المادة 1792- 4 وما بعدها من ق.م، وعلى سبيل المثال تم تأسيس طلب إصلاح الخلال التي ظهرت داخل أجل السنة الموالي للاستلام[1].

كما أن ضمان كمال الإنجاز لا يستبعد إطلاقا خلال أجل إعماله، كما بعد انقضائه مسؤولية مؤجري العمل الآخرين على أساس القانون العام المبنية على الخطأ الثابت[2] وخاصة المهندس المعماري[3].

ثالثا- طبيعـة ضمـان كمـال الإنجـاز:

يكاد يجمع الفقه الفرنسي على شدة غموض الطبيعة القانونية لضمان تمام الانجـــــاز[4] إلا أن الاتجـــــــاه الغالب يرى أنه لا يمكـــــــن أن يكون إلا مسؤوليـــة موضـوعيــــــة [5]، بقـــــوة القانـــون[6]

1- Cass.civ3., 4 février 1987, Bull.civ.III, n16, p. 11; R.D.I 1987, p. 232.

2- Karila (J.-P), "Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière", op.cit., p. 7, col. 1

3- CA Versailles 4e ch., D. 1989, p. 134, note (J.-P) Karila cité par: Karila (J-P), Ibid., p. 7, col.1.- Voir aussi dans la même tendance, Cass.civ3., 17 nov.1993, Bull.civ.III, n 147, RDI 1994, p.255, 28 fév.1996, p.217, 5 nov. 1997, RDI 1998, p.99 cités par : Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p.191, note(2).

4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 452. وعلى العكس من ذلك يجمع الفقه الفرنسي منذ البداية على الطبيعة التعاقدية لهذا الضمان. راجع: Bernardin(H), op.cit., pp. 325, 326.

5- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 101.

6- Mdoe.over-blog.com/article-6163047/html

مفروضة على المقاول.

ويستند أنصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم إلى الحجج الآتية:

- عدم إشارة المشرع في المادة 6/1792 من القانون المدني إلى فكرة الخطأ أو المسؤولية أو حتى المفترضة منها[1].

- إن الضمان يندرج في نطاق الالتزام التعاقدي المحدد أي الالتزام بنتيجة، والقول بغير ذلك يجعل الضمان غير ذي معنى[2].

فيلتزم المقاول وفقا لهذا الضمان بإصلاح خلل البناء الذي يظهر خلال أجل سنة من الاستلام دون حاجة لإثبات رب العمل لأي أمر آخر سوى وجود الخلل[3]، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد استحدث بالمادة 6/1792 من القانون المدني الفرنسي ***حالة جديدة من حالات الضمان*** على حد تعبير جانب من الفقه المصري[4]، إذ أن ظهور العيب يعد قرينة بسيطة على خطأ المقاول[5].

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أنه يعتبر مقارنة بقواعد إيجار العمل ضمان من **طبيعة جد ذاتية**، لأنه لا يترتب إلا على أحد المتدخلين في عملية البناء، وهو المقاول الذي قام بإنجاز الأشغال، والتي تكون جودتها منتقدة[6].

وبغض النظر عن حقيقة طبيعة هذا الضمان الخاص، فإن الغرض من استحداثه هو تمكيـــــــن رب العمل من الحصول فـــــــي أجــــــــل سنة من الاستلام على منــــــشأة مطابقة وتامـــــــة على

1- Jestaz (Ph) et Malinvaud (Ph), « La loi n 78-12 du 4 jan. 1978, Relative à la responsabilité et à l'assurance dans la construction », op.cit., 2900, n 13.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 452.

3- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 449. راجع أيضا، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 176.

4- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع والصفحة. راجع أيضا، محمد شكري سرور، نفس المرجع والصفحة.

5- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص ص 453، 454.

6- Huet (J), op.cit., p. 1349.

النحو الذي تم استلامها عليه أو على الحال الذي من المفروض أن تكون عليه فـــــــي ذلك الوقت، إنه يتعلق إذن بضمان شبه الإنجاز Garantie de parachèvement موجه لأجل محو التحفظات المعلن عنها أثناء الاستـــــــلام، وعلاج النقائص التـــــــي ستظهر خـــــــلال السنة المواليـــــــة وهذا ما أدى بجــــــــانب مــــــــن الفقه[1] إلى تحليله إلى تعويض عيني للأضرار الظاهرة أو التي ستظهر سريعا.

ولكن، هل يعتبر ضمان كمال الإنجاز من النظام العام؟

بالرجوع إلى أحكام المادتين 26 فقرة 3، 44 من قانون11-04 مذكور آنفا لا نجد ما يفيد بأن أحكام ضمان كمال إنجاز الأشغال من النظام العام، ومع ذلك لا يمكن أن ننكر ارتباط هذا الضمان بالنظام العام، نظرا لكون أحكامه تقررت لحماية رب العمل غير الفني في مواجهة المشيدين والمقتني في مواجهة المرقي.

وفـي هذا السياق، يرى بعض الشـراح الفرنسييـن بأن أحـكام هذا الضـمان تعتبـر من النظام العـام، وإلا فإن تنظيم المشرع لأحكامه يبقى غير ذي معنى أي يعد فاقدا لهدفه[2]، كما أن هذا التكييف هو الذي يتفق مع ما يجري عليه القضاء بوجه عام من إبطال الشروط المدرجة في عقود المقاولة، والتي يقصد بها المقاولون، وهم محترفون إلى التحلل من المسؤولية في مواجهة أرباب العمل غير المحترفين بالفرض[3].

1- V. Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 99.

2- أنظر، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 178.

Voir aussi dans le même sens, Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 106.

3- V. Malinvaud(Ph) et Boubli(B), Rev.Dr.Immob.1980, p.64. Voir aussi, Costa (J.-L), op.cit, p. 44.

الفرع الثاني: أحكـام ضمـان كـمال الانجـاز:

لما كان ضمان كمال الإنجاز يتسم بذاتية خاصة، فإن تطبيقه يخضع لشروط محددة **(أولا)**، كما أن جزاؤه يعد مختلفا**(ثانيا)**.

أولا- شـروط تطبيـق ضمـان كمـال الإنجـاز:

إن الالتزام بضمان كمال الإنجاز لا يقوم إلا بالنسبة للعيوب المشار إليها في محضر الاستلام[1]، وكذلك العيوب التـي تظهر خلال السنة المواليـة للاستـلام، والتـي يجـب أن يتـم إخطار المقاول بها كتابة، وبالتالي لا يتم إعمال هذا الضمان إلا في نطاق محدود.

ولقد اكتفى المشرع الجزائري بترتيب الالتزام بضمان الإنهاء الكامل للأشغال المنصوص عليه بالمادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04 على عاتق المرقـــي دون بيـــــــان شروط تحققه ولا كيفية إعماله، مما يقتضي الأمر الرجوع بشأن هذه المسألة إلى القانون الفرنسي باعتباره نظم أحكام هذا الضمان بشيء من التفصيل.

وهكذا، فإنه يشترط في العيب لكي يشمله ضمان كمال الإنجاز أن يكون ظاهرا عند الاستلام، أو ظهر خلال السنة الموالية**(أ)**، بالإضافة إلى إخطار المقاول أو المرقي بالعيب**(ب)**، كما يشمل الضمان أيضا حسن سير عناصر تجهيز البناية **(ب)**، ولكن هل يشمل عيوب المطابقة أيضا؟**(ج)**.

أ- ظهور العيب أو الخلل خلال السنة الموالية للاستلام:

في الواقع لم يشترط المشرع صراحة في المادة 44 من قانون 11-04 ظهور العيب في البناء خلال مدة السنة التي تلي الاستلام، وإنما يستخلص ذلك ضمنـــــــــا، مما يعنـــي أن المرقـــــــــــي

1- يضمن المقاول هذه الأضرار في القانون المدني الجزائري طبقا لأحكام المسؤولية العقدية(المادة 176 ق.م)، وكذلك الأمر في قانون الصفقات العمومية ما لم يتعهد المقاول المتعهد بضمان حسن انجاز المنشأة مدة معينة بعد الاستلام المؤقت لها وهذا ما يستفاد من مقتضيات المواد: 2/108، 1/133، 131 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المذكور آنفا.

يضمن العيوب التي تظهر في البناء منذ استلامه للأشغال من مؤجري العمل وليس من وقت تسليمه البناء للمقتني بموجب عقد البيع المبرم بينهما[1].

ويترتب على ذلك، أن عيوب البناء الظاهرة وقت الاستلام يتحمل المرقي كذلك مسؤوليتها تجاه المقتني حتى ولو كانت ذمة المقاول قد برئت منها، إذا لم يكن المرقي قد تحفظ عليها وقت استلامه للأشغال منه.

أما العيوب التي تظهر في البناء خلال مدة الضمان، فلاشك أن المرقي يكون مسؤولا عنها تجاه المقتني، وهذا تطبيقا لصريح نص المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04، والمادة 14 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري المذكور سابقا.

ولكن ما هي نقطة بداية سريان هذه المدة، هل تبدأ في السريان من يوم استلام المرقي للأشغال من مؤجري العمل أم من يوم تسليم البناء إلى المقتني؟

في الواقع لم يحدد المشرع في المادة 26 فقرة 3 ولا في المادة 44 من قانون 11-04 نقطة انطلاق مدة ضمان كمال الإنجاز[2]، وهذا يعد نقصا يجب على المشرع سده تفاديا لأي نزاع محتمل قد يطرح حول هذه المسألة الهامة.

وتبعا لذلك، ومراعاة لمصلحة المقتني وحفاظا على حقوقه، يجب الاعتداد في انطلاق سريان هذه المدة بيوم تسليم البناء إلى المقتني من طرف المرقي وليس من يوم استلام هذا الأخير للأشغال من المقاول، لأننا إذا اعتبرنا نقطة انطلاق هذه المدة هو وقت الاستلام بدلا من وقت التسليم لفوتنا علـ ـى المقتنـ ـ ـ ـ ـي فرصة المطالبة بإصلاح الأشـ ـ ـ ـغال المعيبة خاصة إذا تـ ـ ـ ـ ـ ـ ـم

1- راجع حول مفهوم عقد بيع عقار مبني، المادتان 25، 26 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- كما يلاحظ أيضا عدم النص على نقطة بدء سريان هذه المدة في المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، ولكن باستقراء بعض مواد هذا المرسوم يتضح بأن ضمان كمال الإنجاز يبدأ في السريان من تاريخ الحيازة الفعلية للبناية من طرف المشتري (المرشح للملكية سابقا) أو من تاريخ تسليم شهادة المطابقة.

تسليم البناء له بعد مرور فترة معتبرة على الاستلام.

أما القانون الفرنسي، فإنه لم يغفل تنظيم هذه المسألة الشكلية، إذ جعل من الاستلام كمؤشر لانطلاق مختلف الضمانات القانونية، بما في ذلك ضمان كمال الإنجاز(المادة

2-6/1792 من القانون المدني)، ويتفق الفقه الفرنسي من جانبه على أن انطلاق مدة السنة تبدأ من الاستلام[1].

وفي هذا الصدد يقرر بأن الضمان السنوي والعشري على السواء يبدأ سريانه من وقت استلام المنشأة وليس من يوم البيع إذا كان البائع له صفة المرقي، فإذا تولت شركة، تشييد عقار وباعته بعد الاستلام بتسع سنوات وتسعة أشهر مثلا، فلا تلتزم بالضمان العشري سوى لثلاثة أشهر، ولا تكون ملزمة بالضمان السنوي بتاتا، لأنه انقضى منذ مدة طويلة، وبالتالي يحظى المشتري بحماية أقل بكثير مما هو عليه في القانون العام للبيع[2].

ولكن ما هو الحل في حالة انقضاء مدة الضمان؟

إذا انتهت مدة الضمان المقرر بالمادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04 برئت ذمة المرقي تجاه المقتني، وبالتالي لا يجوز لهذا الأخير أن يطالب بإصلاح ما قد يظهر بعد ذلك من عيوب في البناء إلا استنادا لقواعد الضمان العشري إذا ما توافرت شروطه[3]، أو استنادا لمسؤولية الضمان العام في عقد البيع.

أما بالنسبة للمقاول، فإنه يبقى وفقا للحل التقليدي ملتزما بالضمان التعاقدي للقانون العام، وهذا الضمان يفترض إقامة الدليل على الخطأ باستثناء ما إذا اعتبرناه يتحمل التزام بنتيجة، إذ يكون الخطأ عندئذ مفترضا.

1- Huet (J), op.cit., p. 1349.

2 - V. Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 167.

3- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

وفي هذا المعنى، صرحت محكمة النقض الفرنسية بأن ضمان تمام الإنجاز يجب إعماله قضائيا في الأجل السنوي[1]، ولم تصرح المحكمة العليا بأكثـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر من ذلك، وإن كان بإمكانها أن تقـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـول ولكنها لم تفعل بأن المسؤولية التعاقدية للقانون العام يمكن إعمالها لاحقا بعد انقضاء ضمان تمام الإنجاز[2].

فقد قبل قرار L'arrêt Maison Enec على هامش النظام المنبثق عن قانون 4 جانفي 1974 بعد انقضاء أجل ضمان كمال الإنجاز، تطبيق المسؤولية التعاقدية للقانون العام بالنسبة للخلال التي أصابت الأسقف والجدران الفاصلة داخل المنزل، لكنها لم تمس بصلابة المنشأة ولم تجعلها غير صالحة للغرض الذي أعدت له، وبالتالي فإنها لا تخضع للضمان العشري، بل تثيـ ـ ـ ـر المسؤولية التعاقدية للقانون العام لأجل الخـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـطأ الثابت، والتي لا يستبعدها ضمان تمام الإنجاز الذي يقع على عاتق المقاول، لكن هذا القرار لم يذكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر لا تاريخ بداية هذه المسؤوليـ ـ ـ ـ ـ ـة ولا مدتها، كما أنه لم يشير إلى أي نص قانوني خاص.

غير أن هذه المسؤولية التعاقدية للقانون العام تتقادم حسب قرار كان قدر صدر حول هذه المسألة خلال عشر سنوات من يوم الاستلام[3].

ولكن يجب على رب العمل أو المالك أن يثبت خطأ المشيد أي المقاول المتابع، غير أنه يعفى من إثبات ذلك، نظرا للطابع التلقائي للضمان، إذا تصرف داخل أجل هذا الأخير[4].

أما فـ ـ ـ ـ ـي إطار الصفقات العمومية، فيتـ ـ ـ ـ ـرتب على انـ ـ ـ ـقضاء الضـ ـ ـ ـ ـ ـ ـمان زوال الروابـ ـ ـ ـ ـ ـط بيـ ـن رب

1- Cass.civ3, 19 avril 1989, Bull.civ.III, n80 ; Cass.civ3, 3 mai 1989, Bull.civ.III, n 96. Et voir dans le même sens, Cass. civ3, 10 mai 1994, RCA aout 1994, n 294 cités par : Karila (J.-P),

"Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière", op.cit., p. 5, col.2.
2- Karila (J.-P), Ibid., p.5, col.2.
3- Ibid., p. 6, col.1.
4- Ibid., p.6, col.1.

العمل وصاحب الصفقة(المقاول المتعهد)، مادام أنها تخـــــــــص إنجاز المنشأة، وبالتـــــــالي يحظر على رب العمل إبداء أي اعتراضات من جـــــــــهة، فبانتهاء المدة ينتهي معها الالتزام بالضـــــــــمان وهذا ما يستفاد من مفهوم المخالفة لأحكام المادة 47 نطة 1 و3 من قرار 21 نوفمبر 1964 يتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المذكور آنفا، حيث يظل المقاول مسؤولا عن أشغاله خلال أجل الضمان، مما يعني انتهاء التزام المقاول بضمان شبه الإنجاز بانقضاء أجله.

كما يستفاد ذلك أيضا من خلال مقتضيات أحكام المادة 131 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم: 15-247 المذكور سابقا، حيث يبقى المقاول مسؤولا عن ضمان الإنجاز على الوجه الأكمل للأعمال طيلة مدة الضمان المحددة في الصفقة.

وإذا اعتبرنا هذا الأجـــــــــــل هو أجل سقوط Un délai préfixe، فإنه يكون غيـــــر قابل للوقف بينما يكون قابلا للانقطاع على إثر الدعوى المقامة من طرف رب العمل أو الاعتراف بالمسؤولية الصادر من المقاول، وينتج عن هذا الانقطاع سريان الأجل من جديد لنفس المدة[1].

ب- إخطـار المدين بالضمان بالعيـب خلال المدة المتفق عليها:

لم ينص قانون 11-04 على هذا الإجراء الشكلي على الرغم من أهميته البالغة، حيث اكتفى بالنص في المادة 44 على أن آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيز البناية تحدد بموجب العقد المذكـور في المادة 26 فقرة 2.

وعلى ذلك، لا يلتزم المرقـــــــي بتنفيـــــــــذ أشغـــــــــــال الإصـــــــــــــلاح من تلقاء نفسه، بل يجـــــب على المقتنـــي، وهو الدائن بالضمان، أن يخطره أولا بالعيب الذي أصاب البناء حتى يتمكن من إصلاحه.

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 104.

ونتيجة لذلك، أوجب المشرع الفرنسي على رب العمل إخطاره للمقاول بظهور الخلل في البناء لكي يتمكن من إصلاحه، ولكنه لم يحدد طريقة أو وسيلة معينة، يجب إتباعها أو مراعاتها عند توجيه الإخطار، وبالتالي يجوز إخطار المقاول المعني بظهور العيب أو الخلل بواسطة رسالة موصى عليها بعلم الوصول حتى لا يمكن للمقاول أن يتذرع بعدم إخطاره في الأجل لكي يفلت من المسؤولية[1].

ويترتب على ذلك، أنه إذا لم يقم رب العمل بإخطار المقاول كتابة بظهور العيـــب أو الخـــــلل والمطالبة بإصلاحه عينا، فإنه يعد متنازلا عن حقه في الضمان[2]، أي أن حق رب العمل في الضمان يسقط إذا قام بإخـطار المقاول بعد فوات الأجـــــــل المحــــــدد اتفاقا ولو لم تنته مدة الضمان بعد.

ولذلك، يجب لاستحقاق رب العمل للتعويض وفقا لأحكام ضمان تمام الانجاز أن يظهر الخلل أو العيب خلال السنة الأولى للاستلام، وأن يتـم إخـــــطار المقاول به خلال الأجـــل المتفق عليــه أو في أجل معقول.

وفي هذا الصدد يرى اتجاه في الفقه الفرنسي أنه يجوز إخطار المقاول المعني بالخلل حتى بعد انتهاء مدة الضمان التي تخـــــــــتلف عـــــــــن مدة الإخــــطار، لأن مهلة السنة هـــــــــي مدة ضمان وليست مدة دعوى الضمان أو مدة المطالبة

بتنفيـــــذه[3]. وقد انتقد جانب من الفقه[4]هذا الرأي من ناحيتيـن، فليس لهذا الرأي من سند قانوني يبرره، إذ أن المـادة 6/1792 من ق.م لم تتحدث إلا عن مدة السنـــــــة اعتبارا من الاستـــــلام[5]، كما أنه ينكـــــــر على مـــــدة الضـــمان طبيعتــــها

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 447.

2- نفس المرجع والصفحة.

3- Bigot (H), La réforme de l'assurance construction, Paris, 1980, p. 162 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 451، هامش رقم:(1).

4- Boubli (B) et Karila (J.-P) cités par : عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 451، هامش رقم: (2)

5- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 452.

القانونيـــة، إذ أنها محــــــددة سلفا، وهي غير قابلة للزيادة[1]، فهي ذات طبيعة مزدوجة أي أنها مدة ضمان، وهي في نفس الوقت دعوى لهذا الضمان[2].

غير أن الرأي الأقرب إلى الصواب هو أن أجل سنة ليس أجل تنفيذ ولا أجل دعوى الضمان تحت طائلة الانقضاء[3].

وعلى ذلك، كان من المفروض على المشرع أن ينص على تنظيــــم هذه المسألــــــة الشكليـــــــة ومن ثم، يلزم المقتني حسب اعتقادنا بإخطار المرقي بالعيب في البناء في الأجل المتفق عليه وإلا في أجل معقول في حالة إغفال ذلك حسب العرف الجاري به العمل تحت طائلة سقوط حقه في الضمان.

ثانيا- جـزاء ضمـان كـمال الإنجـاز:

إذا تحققت شروط تطبيق ضمان تمام الانجاز على النحو المذكور، فإن المدين به يكون ملزما بإصلاح العيب أو الخلل الذي ظهر في البنـــــــاء خلال السنة اللاحقة لاستلامه عينا وذلك خلال المدة المتفق عليها وعلى الوجه المرضي[4].

ولكن إذا رفض الملزم بالضمان أي المقاول أو المرقي في القانون الجزائري إصلاح العيب بصفة ودية بعد إخطاره، فما هو أجل رفع دعوى المطالبة بهذا الإصلاح؟

وعليه، فإن إصلاح العيوب التي تظهر خلال أجل الضمان السنوي يكون وديا أو عن طريق القضاء**(أ)**، ولكن ما هي طرق هذا الإصلاح **(ب)**؟.

1- مدة سنة قابلة للانقطاع بالمطالبة القضائية لرب العمل أو بإقرار المقاول بالمسؤولية. راجع:
Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 104.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 452.

3- V. Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 853.

4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 447.

أ- إصلاح العيوب أو حسن سير عناصر تجهيز البناية:

إن إصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصره التجهيزية يكون وديا **(1)**، و في حالة الرفض فإن إصلاح هذه العيوب يكون تحت سلطة القضاء **(2)**.

1- إصـلاح العيـب بشكـل ودي:

لقد نص المشرع فـــي المادة 44 من قانـون 11-04 على هذا الطريق لإصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصر تجهيز البناية، ويمكن استخلاص ذلك من عبارة "..بموجب العقد المذكور أعلاه"، حيث يلتزم المرقي بمباشرة تنفيذ الأشغال الضرورية

لإصلاح العيوب أو عناصر تجهيز البناية خلال الأجل المحدد في عقد البيع المنصوص عليه بالمادة 26 من قانون 11-04.

وفي حالة إغفال تحديد هذه المدة[1]، فيجب مباشرة عمليات الإصلاح خلال آجال معقولة بحسب العرف الجاري في المعاملات، وذلك بعد إخطار المرقي بظهور العيب، وإن كان ذلك لا يحدث إلا نادرا خاصة وأنه لا يوجد أي نص يستلزم أن يكون الاتفاق على مدة تنفيذ الأشغال سابقا على ظهور الخلل[2].

ولكن ما هو الحل في حالة رفض أو امتناع المرقي عن تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح العيوب أو حسن سير عناصر تجهيز البناية؟

في هذه الحالة لا يكون أمام المقتني سوى اللجـوء إلى القضاء للمطالبـــــة بإلزام المرقي بتنفيذ أشغال الإصـــــلاح، ولكن، هل يجب إنذار المدين بالضمان(المرقي) بتنفيذ أشغال الإصلاح قبل اللجوء إلى القضاء أم لا ؟

1- يمكن تصور حدوث هذه الحالة، طالما أن صياغة المادة 44 من قانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية لم تأت على سبيل الوجوب، " تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية للإصلاح..".

2- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 105.

في الواقع إن الإخطار لا يكون لازما لقبول الدعوى وإن كان يعد شرطا يتوقف عليه الحصول على التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه[1].

ولما كان أجل تنفيذ أشغال الإصلاح يتم تحديده عادة في العقد كما نصت على ذلك المادة 44 من قانون 11-04، فإن المرقي يعتبر مقصرا بمجرد انقضاء هذا الأجل بعد اخطاره بالعيب دون مباشرة عمليات اصلاحه.

2- المطالبـة بالإصـلاحات عـن طريـق القضـاء:

إذا رفض المرقي القيام بتنفيذ أشغال إصلاح العيوب أو حسن سير عناصر تجهيز البناية بصفة ودية، جاز للمقتني أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء، وهذا بعد توجيه إنذار له طبقا للقواعد العامة[2]، غير أن هذا الإنذار لا يكون لازما، طالما أن المرقي يعتبر مقصرا بمجرد انقضاء المدة المحددة في العقد دون مباشرة أشغال الإصلاح.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي لم ينص على سلوك هذا الطريق فـ ـي حالة امتناع المقاول عن تنفيذ أشـ ـغال الإصلاح، بل أجاز لرب العمل في مثل هذه الحالة أن يقوم بتنفيذ تلك الأشغال بواسطة مقاول آخر على نفقة وتبعات المقاول المتخاف، وذلك بعد إعذار هذا الأخير غير المجدي بالقيام بالإصلاحات اللازمة[3]، ولا يحتاج هذا التنفيذ إلى ترخيص من المحكمة.

والحقيقة هي أنه رغم عدم إشارة القانون إلى مثل هذا الترخيص لا من حيث وجوبه، و لا من حيث إجرائه إلا أن النص لا يكون له مبررا إلا ضمن الحالة التي لا يستلزم فيها القانون العام للمادة 1144 من القانون المدني ذلك، إذ يستلزم هذا النص مبدئيا تدخل القاضي[4].

1- راجع المادة 179 من ق.م.

2- راجع المادة 164 من نفس القانون.

3- Voir alinéa 3 de l'article 1792-6 du code civil français.

4- Sur l'application de l'article 1144 en matière des dommages de construction, Voir Malinvaud(Ph) et (Ph) Jestaz, op.cit., p. 105, note(2).

وقد اعتبر Costa بأنه لم يجري العمل في السابق على منح مثل هذه السلطة لرب العمل إلا إذا وجد بند في الصفقة يقضي بذلك، نظرا لخطورة تلك السلطة بسبب عدم إشراف القضاء[1] عليـ ـها، وقد وصف جانب من الفقه الفرنسي هذا الإجراء بأنه: " إحدى حالات

القصاص أو الانتقام للنفس يفرضها النص"[2]، واستخلاص آخـــــــــر بأنه يمكـــــــــن هنــــــــــا لرب العمـــــــل أن ينصف نفسه [3].

إن الغاية من استئذان القضاء قبل القيام بأعمال الإصلاح ليس هو تحديد الأعمال الضرورية، ولا نطاق هذه الأعمال، **وإنما حسن تنفيذها فحسب**[4].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن القانون الفرنسي لم يحدد الأجل الذي يعتبر الإخطار بعد انقضائه غير مجدي، وهذا يمكن أن يكون مصدرا للنزاعات في المستقبل، فإذا ادعى رب العمل مباشرة ولم يتأخر المقاول فـــــــــي الإدعاء بأنه لم يكـــــــــن متخلفا بمفهوم المـــــــــادة 1792-6 فقـــــــرة 4، وبالنتيجة لذلك، لا يمكن أن ينطبق عليه نظام التنفيذ على نفقات المتخلف[5].

ولكن ما هو أجل رفع هذه الدعوى؟

لم تنص المادة 44 من قانون 11-04 على أجل معين لرفع دعوى المطالبة بتنفيذ أشغال إصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصر تجهيز البناية، وهذا على غرار المادة 1792/6-2 من القانون المدني الفرنسي، مما يستخلص ضمنا بأن مدة ضمان كمال الإنجاز هي نفسها مدة رفع الدعوى المتعلقة به، ولعل هذا أمر يصعب عملا الأخذ به لو ظهر العيب في اليوم الأخير من الضمان.

1- Costa(J.-L), op.cit., p. 43, col.1.

2- V. Costa (J.-L), op.cit., p. 43, col.1.- Caston(A) , op.cit., p. 89.

3- « Ici le maitre de l'ouvrage peut donc se faire justice à lui-même », V. Malinvaud (Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 105.

4- أنظر، محمد شكري شكري، مرجع سابق، ص ص 114، 117.

5- Malinvaud(ph) et Jestaz(ph), op.cit., p. 105.

وعلى ذلك، يجب رفع دعوى تنفيذ أشغال الإصلاح تلك خلال أجل سنة التي تلي تسليم العقار المبني إلى المقتني حسب قانون 11-04، ومن يوم الاستلام بالنسبة للقانون الفرنسي لاسيما الخلال التي تكون محلا للتحفظات[1]، أما الخلال التي تظهر خلال أجل سنة بعد الاستلام، فيجب أيضا المطالبة بإصلاحها خلال نفس الأجل[2]، وإن كان الاجتهاد القضائي لم يفصح صراحة عن موقفه حول هذه المسألة[3].

وفي هذا الصدد صرح قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الثالثة[4] بأن مسؤولية القانون العام لأجل الأضرار الوسيطة هـــي التي تكـــون قابلة للتطبيق علـــى الأضرار التـــــي تستثير عادة ضمان تمام الإنجاز، والتي تظهر خلال أجل السنة الموالية للاستلام، لكن لم يتم المطالبة بها خلاله، وقريبا من هذا أشارت الغرفة الثالثة بحق رب العمل في المطالبة بخبرة مستعجلة لمعرفة الأشغال المطلوب تنفيذها، إذن لديه سنة بعد معاينة الخبير لأجل إعمال ضمان كمال الإنجاز[5] أي أن مدة السنة تكون قابلة للانقطاع بهذه المطالبة[6].

ويعتبر رجوع رب العمل على المقاول المعني إلزامي وإلا فقد حقه في الضمان[7]، وإذا أصر المقاول المدعى عليه على عدم تنفيذ الأشغال على الرغم من إنذاره، فيمكن تنفيذ هذه الأشغال من طرف رب العمل بواسطة مقاول آخر بعد استئذان القضاء على نفقات وتبعات المقاول المقصر[8].

1- Cass.civ3, 19 avril 1989, Bull.III, n 80 cité par : Périner-Marquet(H), op.cit., p. 31.- Voir aussi, Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 104.

2- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), Ibid., p. 104.

3- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 31.

4- 22 mars 1995, JCP 1995, II. 22416, rapport Fossereau cité par : Périnet-Marquet(H), Ibid., p. 31.

5- Cass.civ3, 17 mai 1995, Bull.III, n 120 cité par : Périner-Marquet(H), Ibid., p. 32.

6- Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 104.

7- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 32.

8- Ibid., p. 32.

وعدم إنجاز الأشغال لا يجيز مع ذلك لرب العمل استعمال الضمان العشري ومقاضاة مؤمن مسؤولية المشيد المسؤول[1]، إذ لا يعتبر بديلا للضمان السنوي.

ب- كيفيـة تنفيـذ أشغـال الإصـلاح وحـدود ذلك:

نتعرض هنا إلى طريقة إصلاح العيـــــــــــوب التي تلحق البنـــــــــــاء خلال أجــــــــــل الضــــــــــمان(**1**) بالإضافة إلى معاينة تنفيذ أشغال الإصلاح(**2**)، وإمكانية رجوع المقاول على المسؤول الحقيقي(**3**).

1- طريقة إصلاح العيوب:

لم يوضح المشرع هذه المسألة في المادة 44 من قانون 11-04 الذي يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، مما يجب الرجوع في شأنها إلى القواعد العامة في تنفيذ الالتزام بعمل.

بداية يجب أن نشير إلى أن المرقي ملزم بتنفيذ الأشغال الضرورية لإزالة العيوب خلال الأجل المحدد في العقد، وفي حالة امتناعه، فبواسطة مقاول آخر، على أن يتحمل المرقي نفقات هذا الإصـــــلاح، وذلك بعد استئذان القاضي[2]، أي أن حق المقتني يجب أن ينحصر في حدود تكلفة تنفيذ أشغال إصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصر تجهيز البناية ولا يتعدى ذلك.

كما يلاحظ أن المادة 44 من قانون 11-04 تكلمت فقط عن تنفيذ الأشغال **الضرورية** لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيز البناية، مما يعني أن تعويض الدائن

وفقا لضمان كمال الانجاز يكون قاصرا على المطالبة بالتنفيذ العيني، أي إلزام المرقـ ـ ـ ـ ـي بتحـ ـ ـقيق
مطابقة العقار المبني فقط للحالة التي كان عليها وقت الاستلام أو التي من المفروض أن يكون عليها في ذلك وقت.

- -

- -

1- Cass.civ3, 6 déc.1989, Bull.III, n 224 cité par : Périner-Marquet(H), op.cit., p. 32.

2- راجع المادة 170 من ق.م.

وفي هذا الصدد، اعتبر البعض هذا الضمان، انطلاقا من الغاية التي وجد لأجلها، بأنه يتحال إلى تعويض عيني للأضرار الظاهرة أو التي ستنكشف سريعا بعد الاستلام[1].

ويترتب على ذلك، أنه لا يجـوز للمقتني المطالبة بالتعويض النـ ـقدي بدلا من التنفيذ العينـ ـي وهذا خلافا لما تقضي به القواعد العامة، إذ يكون للدائن أن يختار بين التنفيذ العيني والتعويض بمقابل ما لم يعرض المدين التنفيذ العيني[2].

ولعل السبب في ذلك يرجع إلى كون العيوب التي تثير تطبيق هذا الضمان الخاص تعد في أغلب الأحـوال عيوبا بسيطة، الأمر الذي جـ ـ ـ ـ ـ ـعل المشرع يحـ ـ ـ ـ ـ ـدد مدة ضمانها بسنة واحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـدة فقـ ـ ـ ـط، ويقصر حق المقتني في المطالبة بالإصلاحات الضرورية لإزالة العيوب فحسب.

ولكن، هل يجوز للمقتني فضلا عن حقه في تنفيذ أشغال الإصلاح(التنفيذ العيني) المطالبة بالتعويض النقدي عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عيوب البناء؟

في الواقع لم تنص المادة 44 من قانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية إلا على الحق في المطالبة بالإصلاح العيني للعيوب، ولكن هذا لا يعني إطلاقا عدم إمكان مطالبة المقتني بالتعويض النقدي إلى جانب التعويض العيني، بل يجوز له ذلك إذا أثبت حصول ضرر له جراء عيوب البناء طبقا للمادة 176 من ق.م.

2- معاينة تنفيذ أشغال الإصلاح:

إن تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصر تجهيز البناية استنادا إلى ضمان كمال الإنجاز يكون باتفاق مشترك، وفي حالة عدم الاتفاق، فإن ذلك يتم عن طريق القضاء[3]، إذ يملك القاضي كذلك معاينة تنفيـ ـ ـذ حسن تنفيـ ـ ـ ـ ـ ـذ الأشغال فـ ـ ـ ـي حالة عدم

- -

- -

1- Malinvaud(ph) et Jestaz(ph), op. cit., p.99.

2- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 246.

3- Voir l'article 1792-6, alinéa 5 du code civil français.

الاتفاق بين الطرفين[1].

والدور المسند للقاضي هنا هو من نفس الطبيعة فيما يخص الاستلام القضائي للأشغال لكن أثر الحكم مختلف، لأنه لا يحدد نقطة بداية أي أجل للضمان، وإنما يقتصر على فض الخلاف حول الإنجاز ومطابقة العقار[2].

وعبء إثبات تنفيذ أشغال الإصلاح يثقل كاهل المقاول[3]، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك بالنسبة للتحفظات المعلن عنها أثناء الاستلام[4]، ويملك المقاول في حالة مماثلة الحصول على رفع التحفظات إذا ما فرضنا ادعاء رب العمل بوجود الخلال خلال السنة الأولى للاستلام[5].

3- رجوع المدين بالضمان على المسؤول الحقيقي:

يجوز للمرقي الرجوع على المقاول المسؤول الحقيقي بما يكون قد تحمله من نفقات في سبيل إصلاح العيوب التي لحقت البناء أو حسن سير عناصر تجهيز البناية، وكذلك المطالبة بما دفعه من تعويض عن الأضرار التابعة الأخرى.

لكن ما هو الأساس الذي يستند إليه المرقي في رجوعه على المسؤول الحقيقي عن عيوب البناء؟

تجـــــــدر الإشــــــــارة هنا أن المشرع الفرنسي ألقى بهذا النوع من الضمان على عاتق المقاول المعني أي المقاول الذي نفذ الجزء المعيب من المنشأة، أما في القانون الجزائري، فالمرقـــــــــــي هو الملـــــــزم به.

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p.105.
2- Ibid., pp.105, 106.
3- Ibid., p. 106.
4- Cass.civ3., 1 avr. 1992, Bull.civ.III, n 109; JCP 1992. IV.1623 cité par : Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), Ibid., p. 106, note(1).
5- Malinvaud (ph) et Jestaz(ph), Ibid., p. 106.

وعلى ذلك، يحق للمرقي في عقد بيع عقار مبني الرجوع بعد تعويضه للمقتني على المقاول أو المهندس المعماري أو أي متدخل آخر بما يكون قد تحمله من نفقات ومصاريف في سبيل تحقيق مطابقة العقار أو إزالة ما به من خلل أو عيب، وذلك طبقا للمسؤولية العشرية إذا ما توافرت شروطها لاسيما ما يتعلق بطبيعة العيب، وذلك عملا بأحكام المادة 46 من قانون 11-04 آنف ذكره، لأن المرقي في ظل أحكام هذا القانون يكون **مدينا بالضمان**[1] من جـــــــهة **ودائنا به** من جهة أخرى[2]، وذلك في الحالة التي يظهر فيها كصاحب مشروع، حيث يرتبط مع مؤجري العمل المقاول ومكاتب الدراسات بعقد[3].

وفي هذا الفرض الأخير ينظر جانب من الفقه المصري إلى المقاول على أنه هو المتعاقد الضعيف، وأن رب العمل(المرقي) هو الطرف القوي من الناحية الاقتصادية، لذلك يبدو أن اختلال التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد في مجال البناء خلافا لباقي العقود لا يعد أحد مبررات الحماية[4]، غير أن هذه المفارقة جعلت جانبا من الفقه الفرنسي[5] يدعو إلى

ضرورة توفير الحماية للمقاولين في مواجهة المرقين، نظرا للقدرة المذهلة التي أصبحوا يتمتعون بها من الناحيتين الاقتصادية والفنية.

ولكن إذا كانت العيوب التي لحقت البناء ليست بالجسامة التي يتطلبها تطبيق الضمان العشري طبقا للمادة 554 من ق.م، فلاشك أن المرقي سوف يطالب المقاول المخل بما تحمله من نفقات لأجل تنفيذ أشغال الإصلاح طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

1- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وكذلك المادة 49 فقرة 1 و2 من نفس القانون.

2- يمكن استخلاص هذا الحكم من خلال مقتضيات نص المادة 46 من قانون 11-04.

3- راجع المادة 46 من نفس القانون.

4- أنظر، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص ص 52، 53.

5- V. Malinvaud(ph) et (ph) Jestaz, op.cit., p. 59.

المبحث الثاني:

المسؤولية التعاقدية عن الأضرار التي تلحق المنشأة بعد استلام الأشغال خارج الضمانات القانونية:

إذا كان استلام المنشأة دون تحفظ يضع في القانون الإداري[1] حدا للروابط التعاقدية التي تنشأ بين رب العمل ومؤجري العمل، حيث لا يسأل هؤلاء عن الأخطاء التي صدرت منهم أثناء البناء إلا وفقا للضمان العشري، أما في القانون العام(المدني)، فإن الاستلام لا ينهي العلاقات التعاقدية ما بين رب العمل والمشيدين إلا بالنسبة للعيوب الظاهرة غير المتحفظ عليها، مما يعني خضوع ضمان المشيدين للعيوب غير الظاهرة(الخفية) بعد الاستلام، والتي لا تتوافر فيها خصائص العيب الموجب للضمان العشري، للمسؤولية العقدية للقانون العام.

وفي هذا المعنى، يقرر جانب من الفقه الفرنسي بأن الاستلام وإن كان ينهي حتما الفترة التعاقدية لتنفيذ الصفقة إلا أنه لا يعفي المشيدين من التزاماتهم الذاتية المتولدة عن عقد المقاولة[2].

ويمكن حصر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي من حالات لإعمال المسؤولية التعاقدية للقانون العام عن عيوب البنـــاء بعد استلام الأشغال فيما يلي: فكـــــــــــــرة العيوب الوسيطة، نظرية عيوب المطابقة الخفية، كما يجب إخضاع المهندس المعماري ومؤجري العمل الآخرين غير المعنيين بضمان كمال الإنجاز حسبه لقواعد هذه المسؤولية أيضا.

1- سبق القول أنه بمجرد انقضاء أجل الضمان Garantie Parachèvement المحدد في صفقة إنجاز البناء ينتهي الالتزام بالضمان الواقع على عاتق المقاول، ولا يبقى مسؤولا بعد ذلك عن جودة الأشغال المنجزة من طرفه إلا وفقا لأحكام الضمان العشري، وهذا ما يستفاد من مقتضيات نص المادة 47 نطة 1 و3 من دفتر الشروط الإدارية العامة، والمادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، آنف ذكرهما.

2- V. Jean.-Pierre Karila, « La garantie décennale demeure-t-elle une garantie des vices cachés sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978 ?, », Rev. Dr. Immob.9(1), janv.-mars 1987, p. 29.

ولعل الهدف الذي أراد القضاء الفرنسي بلوغه من وراء إعمال قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام بعد استلام المنشأة، إنما هو كفالة حماية حقوق رب العمل المشروعة ضد احتمالات ما قد يظهر في البناء من عيوب ونقائص، خاصة إذا كان رب العمل فردا عاديا ليس له دراية بفن البناء وأصوله.

كما تظهر أهمية امتداد تطبيق المسؤولية العقدية إلى ما بعد استلام الأشغال أيضا، بالنظر إلى النــــــطاق الموضوعـــي للضمان العشري الذي يقتـــــــــصر تطبيقه علـــى العيـــــــــوب الجسيمة أي

المخالـــــة بصلابة البناء وسلامته فقط، مما يحرم صاحب البناء من حقه في التعويض عن غيرها من العيوب.

وعليه، يجب في المقام الأول، إبراز أهمية تطبيق المسؤولية العقدية عن عيوب البناء بعد استلام المنشأة خارج الضمانات القانونية(**المطلب الأول**)، ثم حالات هذه المسؤولية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:

الـدور المكـمل لقـواعـد المسؤولـية العقدية للقـانـون العـام بعـد استـلام الأشـغال

(مزاحـمة مسؤولـية القـانـون العـام للضـمانات القـانـونيـة)

يمكن أن تثور مسؤولية المشيدين على أساس المسؤولية التعاقدية للقانون العام لأجل الخطأ الثابت، وتخضع للتقـادم عشـر سنـوات ابتـداء مـن الاستـلام[1]، فقـد قبلت محكـمة النقـض الفرنسية منـذ القـرار المبدئـي Delcourt المسـؤولية التـعاقدية للمشيـدين[2]، كـما قبلت هـذا الحـل أيضـا قبـل ذلك فـي ظـل نفـوذ قانـون 4 جانفي 1978، المتعلق بالتأمين الإجبـــــــاري والمسؤوليــــــة

1- Jean.-Pierre Karila, « L'architecte, un constructeur en clair-obscur », Contrats publics- n79- juill.- aout, 2008, p.69, note(1).

2- Cass.civ3., 26 oct. 2005, n 4, 15419: Bull civ.III, 2005, n20.

في مجال البناء، فإلى غاية قرار Delcourt[1] كانت المسؤولية التعاقدية للقانون العام غير قابلة للتطبيق في الفترة اللاحـقة لاستلام المنشأة إلا فيما يتعلق بعدم التنفيـذ أو التنفيـذ السيـئ للالتـــــــــزامات المستقلة تماما عن استـــــــــلام

المنشأة، مثـــــــــــــل تجـاوز الأجـــــــــــــــل أو السعـر مـن جـــــــهـة، وإصـلاح النقـائص المتحفـظ بشـأنها عنـد الاستـلام[2].

ولعل الغرض الذي أراده القضاء الفرنسي من وراء إعمال قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام بعد استلام المنشأة إنما هو كفالة حماية حقوق رب العمل المشروعة ضد احتمالات ما قد يظهر في البنـــــــاء من عيـــــــــوب ونقائص، خاصة إذا كان رب العمـــــــــل فردا عاديا ليس له درايـــــــــة بفـــــــن البنـــــــاء و أصوله.

كما تظهر أهمية امتداد تطبيق المسؤولية العقدية إلى ما بعد استلام الأشغال أيضا بالنظر إلى النـــــــطاق الموضوعـــــي للضمان العشري الذي يقتـــــــــــــصر تطبيقه علـــــى العيـــــــــــــوب الجسيمة أي المخلـــــة، وعلـى غـرار حـالة التجـــاوزات فـــــــــــي الأجـــــــــــــــــل والسـعر، فإنـه فـــــــــــــــــي الالتـــــــــــــــــــــزام بالنصـــــــــــــح والتحـذير، يقـول Boubli فـي اليـوم الغـد لصـدور قرار 1978/7/10، حيث أربـك الكثير من نتائج الحـل المكرس من طرف محكمة النقض، وقد تـم إقـرار ذلك الحل منـذ ذلك الحيـن[3].

ويقول بوبلـــــــــي لا شيء يمنعنا من استخـلاص بأنه فـي عقـــــــد إيجـــــــــار العمـل الواقـع علـى الأشيــــاء

1- Cass.civ3, 10 juill. 1978 cité par : Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 4, col.2.

2- Karila (J.-P), Ibid., p.4, col. 2.

3- Civ3., 29 mai 1979, Bull.civ. III, 1979, n° 117 cité par : Bernard Boubli, « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1981) », Rev.Dr.Immb.1982, op.cit., p.1 et s.

V. aussi, Cass.civ3., 5 mai 1982 : Bull. civ., 1982, III, n° 113. – Cass. Civ3., 2 nov. 1982 : Bull. civ. 1982, III, n° 209. – Cass.civ3., 18 oct. 1983 : JCP G 1983, IV, 358 ; Gaz. Pal. 1984, 1, pan. jurispr. p. 87 et note Ph. Jestaz.

العقارية بأن مسؤولية من يسيء تنفيذ عمله لن تقوم، يمكننا أن نجعل الأمر ايجابيا لأجل إنهاء كل نقاش حول هذه المسألة، بأن استلام الأشغال ليس له إطلاقا أثرا منهيا سواء في مقاولة الأشياء العارية أو مقاولة الأشياء غير المنقولة[1]، معتبرا قرار 1978/07/10 هو أحسن دليل، ويواصل قائلا بأن الحل الذي جاء به هذا القرار ليس جديدا انطلاقا من المادة 1135 ق.م، كما أن محكمة النقض أقرت في العديد من المناسبات المسؤولية التعاقدية للقانون العام عندما يكون الخلل لا يثير الضمان العشري[2].

أما مجلس الدولة الفرنسي، فقد أكد فيما يتعلق بالصفقات العمومية بأن الاستلام يضع حدا للروابط التعاقدية، وهذا ما يستبعد مبدئيا كل دعوى تهدف إلى إصلاح النقائص التي تحدث بعد الاستلام خارج الضمانات القانونية[3]، ومن ثم، لا يمكن إعمال المسؤولية التعاقدية للقانون العام لمؤجري المنشآت العقارية بعد الاستلام، لأن هذا الأخير بدون تحفظ ينهي الروابط التعاقدية المتولدة عن الصفقة[4].

وعليه، لا يمكن للدولة بعد الاستلام بدون تحفظ تحريك المسؤولية التعاقدية للمقاولين[5].

ولعل هذا الحل مكرس عندنا في القانون الجزائري[6]، مما يجب اعتبار كل دعوى تهدف

- -
- -

1- V. Boubli (B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1981) », op.cit., p.1.

2- Civ3., 9 oct. 1970, Bull. civ. III, n 682; 22 avr. 1976, D. 1976. somm. 58 ; 6 févr. 1969, Bull. civ. III, n 109 cités par : Boubli (B), Ibid., p. 1.

3- Karila(J.-P), « L'architecte, un constructeur en clair-obscur », op.cit., p.69, note (1).

4- Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 4, col.2.

5- Con. D'Etat, 7 juill. 1982, min. transp. C.Martin req n. 13719 cité par : Liet-Veaux(G), J.C.l, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 101, p.12.

6- راجع المادة 47 نطة 1 و3 من قرار مؤرخ في:21 /1964/11، يتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة، والمادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، آنف ذكرهما.

إلى المطالبة بالتعويض استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية غير مقبولة، طالما أن الاستلام بدون تحفظ ينهي الروابط التعاقدية المتولدة عن الصفقة العامة للبناء.

فالمقاول لا يسأل عن جودة الأشغال المنفذة من طرفه بعد انقضاء أجل ضمان شبه الإنجاز Garantie de parachèvement إلا استنادا إلى أحكام الضمان العشري.

إن الرجـــــوع لتطبيق المسؤوليـــــــة التعاقديـــــــة للقانون العام أصبـــــــح عنصــرا ضــروريا لاحتـــــــواء ثغــرات ونــقائص الضمــانات القــانونيـــــــة[1]، فالأضــــرار التـــــــــي لا تغطــــــــى بضمان المشيـــــــد (العشري والثنائي) تكون مغطاة في البيع تحت التشييد، كما في عقد البناء، بواسطة " المسؤولية التعاقدية للقانون العام"، أي أن القانون العام للمسؤولية يسترجع نفوذه[2] خارج نطاق تطبيق الضمان الاستثنائي.

إن هذه المسؤولية للقانون العام تطبــق خاصــة علــى الأضرار الوسيــطة[3].

وتبقى المسؤولية التعاقدية للقانون العام للمشيدين حجر عثرة أمام النظام الخاص، قبل كما بعد قانون 1978، حيث تمـر عبـر ثلاثـة مبـادئ:

المبـدأ الأول: المسؤولية التعاقدية للقانون العام لا تطبق إلا علـى الأضـرار التـي لا تغطـى بواسـطة ضـمان المشيـد(العشري أو الثنائي)، الأضـرار الوسـيطة، التأخيـر، عيـوب المطـابقة الخـفية لاشتـراطات العقـد، الإخـلال بالالتـــــزام بالإعـلام. علمـــا بأن مسـؤوليـــــــة " القانـون العـــــام ما

1- Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p.5, col.1.

2- Saint-Alary(R), op.cit., pp.114, 115.

3- Philippe Rémy, « La responsabilité contractuelle de droit commun du vendeur d'immeuble à construire », Rev. Trim. Dr. Civ. 86 (1) jan.-mars, 1987, p. 118. Voir aussi, Karila (J.-P), « Garanties légales et responsabilité contractuelle des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », op.cit., p. 313, col.2.

هـي إلا مسـؤولية احتياطـية[1].

المبـدأ الثانـي: المسؤولية التعاقدية للقانون العام تجـازي الالتـزامات التـي هي حسـب الحالة التـزامات بوسـيلة[2].

المبـدأ الثـالث: دعوى القانون العام لا تخضع للتقادم الموحد(العادي) في الغالب 30 (المادة. 2262 ق.م)، هذه هي حـالة دعـوى التعـويض عـن الخـلال " الوسـيطة " الخاضـعة للتقـادم العشـري[3].

وقواعد الحيطة هذه التي وضعت تبعا لمحاولة متتابعة قد أدت من دون شك إلى حلول ضيقة كثيرا، لكنها ضرورية، إلا إذا وضعت تشريعيا نظاما جامعا لمسؤولية المشيدين

يستبعد كل تطبيق للقانون العام. وفـــي انتظـار هـذا، يجـــــــــــب تكـملة نقائص النظام الخاص بواسـطة قواعد بريتورية، والتـي تكـمله دون أن تغـيره[4].

وبالتالي، فإن ضـمان المشيـد تغيبـه مسؤولية القانون العام[5]، ولكـن فـي حـالة عـدم وجـود إحـدى حـالات الضمانات القانونية، لذا لا يجب استـعماله كبـديل ملائم لها أو كوسيلة لتحـويلها أيضا خاصة بالنـظر إلى التقـادم الـذي يحكـمها[6].

و ي هذا الصدد صرح القضاء الفرنسي بقرار مبدئي بأن الأضرار التي تثير إحدى الضـمانات القانونيـة لا يمكـن أن تفتـــــــح المجـــــــــــال لرفع دعوى التعويض ضد الأشخـــــــاص الذين يتحملون هذا

1- Philippe Rémy, «Entreprise», Rev. Trim. Dr. Civ. 86(1) janv.- mars 1987, pp. 116,117.

2- Voir les arrêts cités par : Rémy (ph), « Entreprise », Ibid., p. 117.

3- Civ3., 11 juin 1981, Bull. civ. III, n 120, p. 87; Civ3, 13 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. Pan. 87, obs. Ph. Jestaz cités par: Rémy (Ph), « Entreprise », Ibid., p. 117.

4- Rémy (ph), Ibid., p. 117.

5- Ibid., p.117.

6- Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p.5, col.1.

الضمان على أساس المسؤولية التعاقدية للقانون العام حتى ولو كانت نتيجة عدم المطابقة للاشتراطات التعاقدية[1].

وفـي عقد البيع تحت التشييد، كما في عقـــــــــود البناء، يرتبـط كـل منـهما بنظاميـن للمسـؤولية أحـدهما أساسـي، هو الضمان، والآخر احتياطي، هو نظام

مسؤوليـــــــة القانون العام، ففي عقد البيع، كما في عقد البناء، يجب إذن تفـادي تغيير النظام الاحتياطي للنظام الأصلي، أي يجـب ألا يأخـذ مكـانه[2].

وفـي هذا المعنى يرى Rémy بأن المسـؤولية التـعاقدية للقانـون العـام ضـرورية، لكـن يجـب ألا تغيـر مـن النظام الخاص لمسؤولية المشيدين، خاصة إذا علمنا أنها تنطوي على مزايا لرب العمل مقارنة بالنظام الخاص، أي بالنسبة للأضرار وبالنسبة لآجال التقادم أيضا[3]، لذا يكون من الصعب القول بأن الالتزام فـي كل الأحوال هـو التـزام بنتيـجة[4].

وبذلك لم تعـــــد مسؤوليـــــة القانون العــــام هـــــي المهيمنة، بل أصبحـــــــــت تزاحـــــم الضـــــــمان القانونـــــي[5] وتتطاول عليه[6].

1- Karila (J-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p.5, col.1.- Voir aussi, Malinvaud (Ph) et (Ph) Jestaz, op.cit., pp.193, 194, note(1).

2- Rémy (Ph), « La responsabilité contractuelle de droit commun du vendeur d'immeuble à construire », op.cit., p. 119.

بالنسبة لحالات العيوب البسيطة التي لا يمكن أن تقوم المسؤولية فيها إلا على أساس الخطأ الثابت، احتياطية بالنسبة للمسؤولية العشرية، هذا الحل كان مقبولا من طرف بعض القرارات القديمة. راجع :

Cass.civ3., 29 nov. 1968 :Bull. civ. 1968, III, n 509 trouvant sur le site suivant : http://www.droitdesconstructeurs.com/?p=34.Consulté le : 27/11/2013.

3- Rémy (ph), « Entreprise », Rev. Trm. Dr. Civ.86(1) jan-mars 1987, p. 118.

4- Ibid., p.118.

5- Fossereaux (J), op.cit., p.23.

6- Malivaud (Ph) Et Boubli (B), Rev. Dr. Immob., 1980, p.301, col.2.

وتجدر الملاحظة أن الاجتهاد القضائي الفرنسي العادي لم يقر بالمسؤولية التعاقدية للقانون العام إلا في إطار الأضرار الوسيطة، وكذلك في إطار عيوب المطابقة الخفية، كما لا

يمكن التمسك بالمسؤولية التعاقدية إلا فـي حـالة غياب قانـونـي للاستـلام أو فـي حـالة الاستـلام مـع تحفظـات[1].

ونحاول فيما يلي التعرض لأهم حالات هذه المسؤولية:

المطلب الثاني:

حالات إعمال المسؤولية التعاقدية للقانون العام بعد استلام الأشغال

إن هذه الحلول في واقع الأمر كرسها القضاء الفرنسي حماية لمصالح رب العمل الجاهل بفن البناء وهندسة المعمار، حيث لا يمكنه في الغالب كشف عيوب البناء عند الاستلام بسبب طابعها غير الظاهر(الخفي)، وبالتالي فإن عدم تحفظ رب العمل على هذه العيوب سوف يؤدي إلى إفلات المشيد من المسؤولية، ومن ثم، حرمان رب العمل من حقه في الحصول على التعويض.

ولا يقصد بالعيوب هنا، العيوب التي تثير تطبيق الضمان العشري، بل العيوب الأخرى غير الماسة بصلابة البناء. وعلى ذلك، يمكن تبرير إفلات المشيد من المسؤولية عن هذا النوع من العيوب، نظرا لاقتصار نطاق الضمان العشري على نوع معين من الأضرار.

ولكن، هل عدم مساءلة المقاول عن هذه عيوب استنادا إلى الضمان العشري معناه رفض طلب تعويضها؟ مع العلم بأن الاستلام يعفي المقاول من المسؤولية عن ضمان العيوب الظاهرة غير المتحفظ عليها فقط، وأنه وإن كان يضـــــع فعلا حـــــدا للفتـــرة التعاقدية لتنفيـــــذ العقد إلا أنه لا

1- Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 8, col.2.

يعفي المشيدين من التزاماتهم الخاصة المتولدة عن عقود المقاولة[1].

وحتـ ـ ـ ـى لا تبقى هذه العيوب دون تعويض، قرر القضـ ـ ـاء الفرنسي مساءلة المقاول عن العيـ ـ ـوب الخفية غير المؤثرة في صلابة المنشأة استنادا إلى المسؤولية العقدية للقانون العام وذلك في حالة الأضرار الوسيطة(**الفرع الأول**)، وعيوب المطابقة الخفية(**الفرع الثاني**)، كما يجوز مساءلة باقي مؤجري العمل الآخرين غير المعنيين بضمان كمال الإنجاز وفقا للمسؤولية العقدية أيضا(**الفرع الثالث**).

الفـرع الأول: الأضـرار الوسـيطة:

وهي تلك الأضرار التي تظهر بعد استلام المبنى وقبوله من رب العمل، وهي وإن نشأت عن عيـوب فنيـة تتعلق بهيكـل البنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء(الأشغال الكبرى) إلا أنها لا تهدد سلامـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة البنـ ـ ـ ـ ـ ـاء ومتانته، ولا تجعله غير صالح للغرض المعد لـه[2].

كما حددها جانب آخر من الفقه المصري بأنها تلك العيوب التي تكون خفية وقت الاستلام ثم تظهر خلال فترة الضمان العشري، وهـي و إن كـانت عيـوبا فنيـة تتعلـق بهيكـل البنـاء إلا أنـها لا تمس بمتانته وسلامته، ولا تجعله غير صالح للغرض الذي أعد له[3]، وعلى سبيل المثال تعـ ـ ـ ـ ـد مـ ـن قبيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـل الأضـ ـ ـ ـ ـ ـ ـرار الوسيـطـ ـ ـ ـ ـة، التشـققـ ـ ـ ـ ـ ـ ـات الطفيـفـ ـ ـ ـ ـة وغيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر الجمـاليـ ـ ـ ـ ـة فحـ ـ ـ ـ ـ ـسـ ـب للجـ ـ ـ ـ ـدران والواجهات[4]، وكذلك الشروخ والتشققات السطحية التـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي تصيب الأعمدة الحاملـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة للبنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء، والعيوب التي تتعلق بفاعلية العزل المائي أو العزل ضـد الرطوبة[5].

- -

1- Karila(J.-P), « La garantie décennale demeure-t-elle une garantie des vices cachés, sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978؟ », op.cit., p. 29, col.1.

2- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري(البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني)، مرجع سابق، ص 149.

3- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 256، 442.

4- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p.195.

5- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري ، مرجع سابق، ص 149.

إن هذه الأضرار لا تثير الضمان العشري لأنها لا تمس بمتانة البناء ولا تعرض سلامته للخطر، كما أنها لا تدخـل فـي نطـاق الضـمان الثنـائي، لكـونها لا تلحـق العناصـر التجهيـزية للبنـاء، وإنـما تصـيـب عناصـره التأسيسية(الإنشائية)[1]، فالأمـر هنـا يتعلق بالأضرار التـي تلحـق المنشآت أو العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصـال، والتي لا تكتسـي الجسـامة اللازمـة بالمـادة 1792 مدني فرنسي[2] المقابلة للمادة 554 مدني جزائري.

وإن كانت هذه الأضـرار لا تثير الضمان العشري والضمان الثنائي إلا أن هذا لا يعنـي أن المهندسين المعماريين والمقاولين يجب إعفـاؤهم من كـل مسـؤولية[3].

وقد كانت الأضرار الوسيطة في القانون الفرنسي تخضع قبل تاريخ سريان قانون رقم: 78- 12، المتعلق بالتأمين والمسؤولية في مجال البناء لأحكام القواعد العامة[4]، أمـا بعـد صدور هذا القانون، فقد أصبحت هذه الأضرار تخضع لأحكام ضمان تمام الانجاز متى توافرت فيها شروط تطبيقه[5].

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حالة مماثلة مسؤولية المشيدين، ولكن ليس على أساس المادة 1792 مدنـي، وإنـما بتطبيـق القانون العـام للمسؤوليـة التـعاقدية[6] أي لأجـل

- -

- -

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 256.

2- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., pp.194, 195.

3- Ibid., p. 195.

4- Boubli (B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux : commentaire de l'arrêt du 11 Juin 1981 », op.cit., p.1.

5- Cass.civ., 22 mars.1995, Gaz.Pal.1995.II, Panora.P.226; Civ.21 fév.1995, J.C.P.1995.II, n 22416 cités par: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 442، هامش رقم:(3)

6- راجع فيما يتعلق بالمسؤولية عن نقائص كانت قد نتجت عن خطأ في التصميم:
Civ3., 10 juill. 1978, Bull.civ. III, n 285 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 195 note(3).

وقد جاء في هذا القرار:" متى كانت العيوب محل التداعي لا تندرج في إطار الضمان القانوني الوارد في المادة المذكورة، فإن المدعي(رب العمل) له أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية استنادا إلى خطأ واجب الإثبات، وقد يتمثل هذا الخـــطأ في مخالفة

الخطأ الثابت، وهذا ما يستبعد الالتزام بنتيجة المفروض عادة على مقاول البناء[1].

ورغـــــم الانتقادات اللاذعة التــــي وجــــهها المعلقيـــــن علـــــى قرار Delcourt إلا أن محكــــمة النــقض الفرنسية أصرت على تأييد هذا الاجتهاد[2].

وطبقا لنظرية الأضرار الوسيطة، إذا لم يؤد العيب إلى المساس بمتانة المنشأة أو لم يجعلها صالحة للغرض الذي أنشئت لأجله، فإن الضمان القانوني لا يمكن أن يثار، وتطبق بالتالي المسؤولية التعاقدية للقانون العام، إذ لا يكون المهندس المعماري أو المقاول مسؤولا إلا إذا كان خطؤه ثابتا، إنـه نظـام الالتــــزام بوسـيلة، ولا يمكن أن تتقادم هذه الدعوى إلا فـــــي خلال 10 سنوات [3].

وفي القرار المؤرخ في: 1978/7/10 قررت محكمة النقض الفرنسية، أنه متى كانت العيوب لا تندرج ضـمن نـطاق الضمان القانوني، فبإمكان رب العمل المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية للقانون العام استنادا إلى الخطأ واجب الإثبات.

وفي هذا الصدد أقرت محكمة النقض الفرنسية فيما يخص النقائص التي لا تثيـر الضـمانات القانـونية، المبـدأ الـذي بمقتضاه أن ضمان تمام الإنجاز لا يستبعد تطبيق المسؤولية التعاقدية للقانون العام لأجل الخطأ الثابت[4].

شروط العقد، وارتكاب المقاول أو المهندس المعماري لخطأ يؤدي إلى انتقاص القيمة المالية للعقد".

أشار إلي هذا القرار أيضا: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 257، هامش رقم: (1)، وكذلك عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 149.

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p.195.

2- Voir par ex : Civ3., 29 mai.1979, Bull.civ.III, n117.

3- Cass.civ3., 16 oct.2002, Bull.civ.III, n 205, arrêt n 2 ; D.2003, n 300, Ph. Malinvaud ; RTD civ.- 2003.308, obs. P. Jourdain « l'action en responsabilité contractuelle contre les constructeurs se prescrit par dix ans à compter de réception de l'ouvrage avec ou sans réserves » cité par : Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p. 423, note(44).

4- Karila (J.- P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en

إن نظرية الأضرار الوسيطة لا تطبق إلا على الأضرار الخفية أثناء الاستلام[1]، وهي تزال بواسطة غياب التحفظات إذا كانت ظاهرة في هذا التاريخ، وإذا تم التحفظ بشأنها، فإنها تثير ضمان تمام الإنجاز والمسؤولية التعاقدية للقانون العام[2].

وهكـذا، فإن الأضـرار الوسـيطة متـى كانت ظاهـرة تزال بقبول رب العمل للمنـــــــــشأة دون تحـــــــفظ، مما تسـقط المسؤوليـة عنها[3].

وعلى الرغم من الطابع القانوني العام لهذه الدعوى، فإنها تنقضي في أجل 10 سنوات للمادة 2270 مدني فرنسي، وبالتالي يجب أن تنصب الخلال على الأشغال الكبيرة[4]، وهذا الحكم منطقي، لأنه يسمح بتوحيد آجال التقادم رغـم أنه لا يستنـد إلى أي حكم قانوني[5].

وبذلك يصبح التـقادم العشـري هو القاعدة العامة فـــــي حكــــــــم دعاوى المسؤولية ضـــــد المقاول والمهندس المعماري، وهو حل يسلم به جانب كبير من الفقه الفرنسي، ويبدأ احتساب مدة التقادم من تاريخ تسليم الأعمال وقبولها من رب العمل[6].

وهكذا، أقر القضاء الفرنسي إمكانية رجوع رب العمل على المشيدين بالتعويض بعد الاستلام استنادا إلى المسؤولية العقدية، ولكن على أساس الخـــــطأ الثابت، كما قيد مدة رفع هـــذه

-Matière immobilière », op. cit., p.5, col.1.- Voir aussi, L'affaire « Maison Enec », Cass.civ3.,22 mars 1995, Bull.civ.III, n80 ; J.C.P, éd, G1995.II.22416.

1- Civ3., 4 nov.1999, Cass.civ.III, n210 ; RDI.2000, p.60 cité par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 196, note(8).

2- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p.196.

3- Périnet- Marquet(H), « Récents apports jurisprudentiels en matière de responsabilité contractuelle des constructeurs », J.C.P.1990, 1, doc, P.1, V. spéc. n.24.

4- Voir les arrêts cités par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 195, note(5).

5- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), Ibid., pp. 195, 196.

6- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 151.
راجـــــــــع أيضا، عمرو
طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 259.

الدعوى بعشر سنوات[1].

الفرع الثاني: عيوب المطابقة[2] الخفية:

إذا كانت عيوب المطابقة الظاهرة تمحى وتزال بمجرد الاستلام، كما أسلفنا القول إذا لم تكن محل تحفظات، فإن عيوب المطابقة الخفية، يظل المقاول مسؤولا عنها بعد الاستلام على غرار العيوب الخفية بالمبنى، ولكن هل يخضعان لنفس النظام القانوني؟

إن العيـــــــــوب الخــــــــفية بالمبنـــــى تخضع متـــــى كانــــــــت لا تثيـــر إحــــــدى الضمانات القانونيــــة(العشري أو ضمان كمال الإنجاز) للقانون العام للمسؤولية التعاقديــــة، والتي تعرف بالأضرار الوسيطة السابق دراستها، بما يعني ذلك أنه إذا كانت هذه العيوب تتوافر فيها شروط الضمان القانوني، فإنها تخضع لأحكامه، أي أن أحكام هذا الضمان هي التي تكون واجبة التطبيق حتى ولو كانت نتيجة عدم المطابقة للاشتراطات التعاقدية، وهذا ما أقره القضاء الفرنسي بقرار مبدئي له[3].

ويحد هذا الحل القضائي من نطاق تطبيق مسؤولية القانون العام بسبب نقائص عدم المطابقة[4]. وإن كانت عيوب المطابقة ليست عيوبا بالمعني الفني، وبالتالي لا تثيـــر **مبدئيا** الضـــمان العشـري[5]، ومع ذلك تبقى اليوم مجالا للقانون العام مثل تلك الحالة التي لا يسبب فيها عدم المطابقة أضرارا بالمنشأة، أو عندما تكــــون قطعة، تجهيز، مدخـــل(بوابة) ليس له البـــعد

1- Voir par ex : L'arrêt du 11 Juin 1981, Bull. civ.III, n 120.

1- راجع مفهوم عدم المطابقة، ص 225 وما بعدها من هذه الأطروحة.

3- Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p.5 col.1.- Voir aussi, Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., pp.193, 194, note(1).

4- Malinvaud(Ph)et Jestaz(Ph), Ibid., p.194.

5- Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 855.

المنصوص عليه، أو عندما لا يكتسي هذا الضرر الجسامة المطلوبة بالمادة 1792 مدني فرنسي[1] المقابلة للمادة 554 مدني جزائري.

ولكن بعض عيوب المطابقة لا يمكن كشفها أثناء الاستلام كأن تكون الأساسات غير مطابقة لاشتراطات الصفقة[2]، وبالتالي لا يمكن أن تكون مغطاة بواسطة الاستلام، أي لا يمكن أن يعفى المقاول منها، طلما كانت غير ظاهرة عند الاستلام، وهذا على غرار عيوب البناء غير الظاهرة، فقد قضي بمسؤولية المقاول، ولكن على أساس الضمان العشري عن خطئه في إرساء أساسات على أرض غير صالحة للتأسيس عليها(طفيلية)[3].

وكان الرأي العام في فرنسا في ظل نفوذ قانون 1967 مؤسس على أن نقائص المطابقة يجب أن تثير ليس الضمان العشري، بل المسؤولية التعاقدية للقانون العام على أساس المادة 1147 من القانون المدني المقابلة للمادة 178 مدني جزائري، على الأقل إذا لم يكن الخلل ناتجا عـــن سبـب يقبل تكييفا مزدوجا، نقص المطابقة والعيب(خرق قواعد الفن)[4].

وهذا الحـــــــــل وجـــــــــد تبـــــــــــــــــريره في نفس نص المادة 1792 من القانون المدني التي تشيـــــــــــــــــــر إلـــــــــى le vice de construction، مما يعني أنها تستبعد ضمنيا عيـــــــــب المطابقة من نـــــــطاق تطبيقها[5]، غير أن هذا الحل فقد تبريره مع صدور قانون 1978/01/04، لأن الصياغة الجديدة للمادة 1792 مدني أصبحت تشير إلى الأضرار les Dommages بغض النظر عن أسبابها[6].

لكـــــن ذلك لم يدفـــــــع القضاء إلى تغيير موقفه، مقررا أنه إذا لحق البنــــاء عيب يعرض العقار

1- Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 194, note(4).

2- Ibid., p. 193.

3- نقض 1965/6/10..، مجموعة أحكام النقض، السنة 16، ص 737، رقم: 117، بند 3.

4- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 193.

5- Ibid., p. 193.

6- Ibid., p. 193.

للخطر أو يجعله غيـــر صالح للغرض المعد له، فإن دعـــــوى القانــــــون العام تمحـــــــى أمام دعـــــــــوى الضمان العشري[1].

وعلى ذلك، فدعوى المسؤولية التعاقدية يجب استبعادها في كل مرة تدخل الأضرار في مجال تطبيق المواد 1792 حتى 1792-5 من ق.م منذ القرار الصادر من طرف الغرفة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية في 1996/04/10[2].

إذن، إذا كان عيب المطابقة يشكل خللا، فإنه يثير الضمانات القانونية (من الناحية العملية الضمان العشري) عندما لا يكون العيب ظاهرا ويخفي عيبا في البناء(عدم المطابقة لقواعد الفن، عدم المطابقة التنظيم)[3]، ونفس الشيء عندما تكون النتيجة جراء إخلال المشيد(..عدم مراعاة الصفقة) تسمح بإلحاق الخال في خانة الخلال التي تثير الضمان العشري(..عدم الصلاحية للغرض المعد له)[4].

1- Cass. 3e civ., 10 mars 1981 : Bull. civ. 1981, III, n° 49 ; D. 1981, jurispr. p. 429, note J. Boré. – Cass. 3e civ., 3 juin 1982 : Bull. civ. 1982, III, n° 138 ; JCP G 1982, IV, 286. – Cass. 3e civ., 13 avr. 1988 : Bull. civ. 1988, III, n° 67 ; Gaz. Pal. 1988, 2, p. 779, note B. Blanchard ; Quot. jur. 31 déc. 1988 ; JCP G 1989, II, 21315, obs. R. Martin ; D. 1988, inf. rap. p. 115. – Cass. 3e civ., 25 janv. 1989 : Gaz. Pal. 1990, 1, somm. p. 212. – Cass. 3e civ., 4 oct. 1989 : JCP G 1989, IV, 385. – Cass. 3e civ., 4 janv. 1990 : Resp. civ. et assur. 1990, comm. n° 115. – Cass. 3e civ., 21 févr. 1990 : D. 1990, jurispr. p. 277, note Ph. Dubois. – Cass. 3e civ., 11 mars 1992 : Juris-Data n° 1992-000338 ; Bull. civ. 1992, III, n° 78 ; Resp. civ. et assur. 1992, comm. n° 229. – Cass. 3e civ., 10 avr. 1996 : Gaz. Pal. 1997, 2, somm. p. 14. – Cass. 3e civ., 6 oct. 1998 : Juris-Data n° 1998-003850 ; Resp. civ. et assur. 1999,

comm. n° 16 ; Constr.-urb. 1999, comm. n° 7 ; RD imm. 1999, p. 106 cités par : http://www.droitdesconstructeurs.com/?p=34.Consulté le : 27/11/2013.

2- « les dommages qui relèvent d'une garantie légale ne peuvent donner lieu, contre les personnes tenues à cette garantie, à une action en réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun ».

3- Cass.civ. 27 fév.1985 et 23 avr.1985, Rev.Dr.Immob.1985, p.381 ; 6 jan.1987 cités par : Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 855.

4- Cass.civ3., 8 avr.1987 cité par : Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), Ibid, p. 855.

راجع في نفس المعنى، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 114.

ومبدأ عدم الجمع هذا لا يطبق على الدعوى المقامة لأجل عيب وسيـــط أو لعدم المطابقـــــة وذلك للاختلاف بين المفهومين[1].

وبعبارة أخرى، عيب المطابقة الناتج عن عدم تنفيذ العقد هي الحالة الوحيدة التي يمكن أن يخضع فيها لنظام خاص مثيرا مسؤولية القانون العام، بل وحتى إذا كان العيب خفيا عند الاستلام، وإعادة الحال لما كانت عليه ينكشف أنه يتطلب ذلك أي هدم (حالة خزانة حائط غير مطابقة) [2]، ولكن، قد نجبر على تطبيق الضمان العشري إذا كانت الأشغال الكبيرة سوف تتعرض للخطر[3].

فعدم المطابقة للعقد حسب الاجتهاد القضائي لا يثير المسؤولية التعاقدية للقانون العام إذا نتج عنها عدم الصلاحية للغرض أو مساس بصلابة المنشأة [4].

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي الجمع بين المسؤولية التعاقدية للقانون العام والمسؤولية العشرية على منوال ما نتج من مبادئ مكرسة في القانون المدني[5].

والمسؤولية لعدم المطابقة على الرغم من أنها رهيبة جدا إلا أنها غير مغطاة ببوليصة تأمين المشيدين[6].

1- Cass.civ3., 23 janv. 1991 : Bull. civ. 1991, III, n° 28 ; RDI. 1991, p. 351 ; Gaz. Pal. 1991, 2, somm. p. 464 et note M. Peisse cités sur le site suivant : http://www.droitdesconstructeurs.com/?p=34.Consulté le : 27/11/2013.

2- Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 855.

3- Cass.civ3., 8 avr. 1987 cité par : Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), Ibid., p. 855.

4- Cass.civ3., 13 avr.1988, Bull. civ.III, n 67 ; 4 oct.1989, Bull.civ.III, n178; 11 mars.1992, Bull.civ.III, n78 ; 10 avr. 1996, Bull.civ. III, n100.

5- Con. D'Etat 28 mai 1982 cité par : Liet-veaux(G), J.c.l, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 101, pp.11, 12.

6- Riom 2 juin 1988 : J.C.P. 89, éd. G, IV, 54 cité par : Liet-veaux(G), J.c.l, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 89, p.10

وفي الواقع، إن هذا الأمر دفع القضاء الفرنسي إلى تقرير مبدأ استغراق الضمان القانوني للمسؤولية العقدية للقانون العام لعدم المطابقة، وذلك لأجل تمكين رب العمل من الدخول تحت

مظلة التأمين الإجباري[1] الذي لا يغطي إلا الأضرار التي تثير الضمان العشري، أما الأضرار الناجمة عن عدم المطابقة للمواصفات التعاقدية، فلا يجوز التأمين عنها لانعدام عنصر الاحتمال فيها، إذ بإمكان المدين بالالتزام أن ينفذ وبإرادته التزاماته التعاقدية[2].

وعلى العكس من ذلك، قبل الاجتهاد القضائي للغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الشروط المحددة للمسؤولية على أساس عيوب المطابقة للعقد[3].

والمسؤولية بسبب عدم المطابقة تكون مفترضة على غرار الضمان العشري، فعدم مطابقة المنشأة للمواصفات التعاقدية يعتبر كافيا لاستحقاق التعويض دون أن يلزم رب العمل بإثبات خطأ المشيد[4].

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 114.

2- Civ. 21 fév. 1990, note (Ph) Dubois cité par: أحمد عبد العال أبو قرين، نفس المرجع، ص 114، هامش (2)

3- Cass.civ1, 20 déc. 1988, J.C.P.89, éd. G, IV, 73 ; Com. : Rev. Dr. Immob. 1989, p. 216 cité par : Liet-veaux(G), Juris-classeur, Construction, Fasc.203-1, 1990, p.10, n. 89.

4- V. Patricia de Lescure, « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs en cas de dommage a l'ouvrage de puis la loi du 17 juin 2008 », Revue de droit immobilier, 2009, p. 458. Publié sur le site suivant : act.dalloz.fr/fileadmin/actualites/pdfs/RDI2009-458.pdf

الفرع الثالث: تطبيق المسؤولية العقدية للقانون العام على المهندس المعماري ومؤجري العمل الآخرين غير الملزمين بضمان تمام الإنجاز:

صرح الاجتهاد القضائي الفرنسي في العديد من قراراته بتطبيق المسؤولية العقدية للقانون العام على مؤجري العمل وبخاصة المهندس المعماري، وذلك فيما يخص النقائص غير المتحـفظ عليها، والتي تثير الضمان الواقع على المقاول، معتبرا أن ضمان تمـام الإنجـــــاز لا يستبعد إطلاقا مسؤولية مؤجري العمل الآخرين على أساس القانون العام في حالة الخطأ الثابت خلال أجل إعماله، كما بعد انقضائه[1].

وفي هذا المعنى، صرحت محكمة استئناف فارساي بتاريخ 4 ديسمبر 1987 بأن ضمان تمام الإنجاز للمقاول يترك المكان للمسؤولية التعاقدية للقانون العام لباقي مؤجري العمل وخاصة المهندس المعماري[2].

وفي القرار الصادر في: 17 نوفمبر 1993 أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن ضمان تمام الإنجاز المطبق على الخلال التي هي محل تحفظات أثناء الاستلام، يترك المجال لمسؤولية القانون العام لباقي المشيدين(3).

وعلى ذاك، لا يخضع المهندس المعماري لمسؤولية القانون العام قبل استلام المنشأة فحسب، بل يخضع لها كذلك حتى بعد الاستلام، فخصوصيـــــة تدخـــــــل المهندس المعماري فـــــــــي

1- Karila (J-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 7, col.2.

2- راجع في هذا الخصوص:

CA Versailles 4e ch., D. 1989, p. 134, note J-P. Karila cité par: karila (J-P), Ibid., p. 7, col.1.
Voir aussi, Karila (J-P), Ibid., p. 6, col.2.

3- Civ3., 17 nov. 1993, Bull. civ.III, n 147 ; 28 fév. 1996, RDI 1996, p. 217 ; 5 nov. 1997, RDI 1998, p. 99 cités par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 191, note(2).

مراحـل البنـاء أدت إلى تكييـف القـواعد المطبقة على باقي المشيدين بعض الشيء، وهذا التكييف ينبثق من القانون الذي يستبعد المهندس المعماري من نطاق تطبيق ضمان تمام الإنجاز، والاجتهاد القضائي الذي يقبل تفعيل دور المساهمة في إعمال باقي الضمانات القانونية(1).

فالمهندس المعماري الذي لا تكون له صفة المقاول لا يلزم إذن بالضمان الناتج عن المادة 1792-6 من ق.م الفرنسي، إذ تعد هذه النتيجة منطقية، وتنبثـق أيضـا مـن خصوصيـة تدخـل المهنـدس المعمـاري الـذي تكـون مساهمته في إنجاز المنشأة ذهنية بحتة، وبالتالي إن استبعاد المهندس المعمـــاري مـن ضـمان تمـــــام

الإنجـــــــاز هــــو عيـــــــن الصـــواب، لأن هـــــــذا الضـــــــــمان يستجيب للمنطق المـادي لإصـلاح المنشـأة، إنه التـزام لا يمكـن أن يتـرتب إلا علـى المقـاول المتدخل المادي الحقيقي في العمل التشييدي[2].

وإذا كان المهندس المعماري لا يلزم بضمان تمام الإنجاز إلا أن مسؤوليته التعاقدية لأجل الخطأ الثابت قد تبحث[3]، وهذا الحل ثابت منــــــــــــذ قرار 17 نوفمبر 1993. وفـــــــــــــي هذا الصــــــــــدد، تقليديا، تم قبول بأن الاستلام بدون تحفظ يؤدي إلـى عـــدم إمكـان رفع دعـوى تهـدف إلـى إصـلاح النـقائـص السـابقة علـى الاستـلام، والتي كانت معلومة(ظاهرة) لرب العمل، غير أنه يبقى المهندس المعماري في هذا الفرض معرضـا للنظـر فـي مسـؤوليته التي تقوم في كل المرات، حيث تتضمن مهمته مهمة المساعدة في عمليات الاستلام[4].

إن هذا الحـــــــل يعتبر **ثابتـــــا** أمام القاضـــي العادي على الأقل منـــــــذ قرار 16 ديسمبر 1970

كما أمام القاضي الإداري منذ قرار الجمعية النقابية لإعادة البنـاء لـ فير Vireفـــــــي 13 جـــــــــويلية

1- Karila (J.-P), « L’architecte, un constructeur en clair- obscur », op.cit., p. 71, col.2.

2- Ibid., p. 71, col.2.

3- Ibid., p. 71, col.2.

4- Ibid., p. 71, col.1.

1966، كما أقر قرار 2 ديسمبر 1991 الصادر عن المحكمة الإدارية المسؤولية التعاقدية للمهندسين المعماريـين رغـم الاستلام النهائي للأشغال دون تحفظ بسبب إخلالهم بالتزامهم المهني واشتراطات عقدهم بعدم لفت انتباه رب العمل للعيوب الموجودة لحظة الاستلام[1].

وحسب عبارات قرار 13 ديسمبر 1995 ذكرت هذه القاعدة بمناسبة الأضرار محل التحفظات عند الاستلام، موضحة بأن المسؤولية التعاقدية للقانون العام للمقاول والمهندس المعماري تبقـى فـي تنافـس مع ضمان تمام الإنجاز الذي يقع على المقاول قـبل رفـع التحفظات، ويقدم بعض المؤلفين هذا القرار كتأكيد لقرار L'arrêt Maison Enec. وحسب رأينا يقول المؤلف، هناك خطأ في التقدير، والواقع أن القرار المذكور(13 ديسمبر 1995) لم يصدر بمناسبة الأضرار الوسيطة، ولكن بسبب الخلال التـي لا يمكـن جبـرها إلا بتطبيق المسؤوليـة التـعاقدية للقانون العام، لسبب بسيط هو أنها كانت محـل تحفظات أثناء الاستـلام، وهذا جردها من طابعها التقني[2].

1- Karila (J.-P), « L’architecte, un constructeur en clair-obscur », op.cit., p. 71, col.1, 2.
2- Karila (J-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », op.cit., p. 7, col.1.

الفصـل الثاني:

المسؤولية عن ضمان عيوب البناء الماسة بصلابة المنشأة(الضمان العشري)

يفرض القانون أحيانا على عاتق أحد طرفي العقد لاعتبارات تتعلق عموما بالمصلحة العامـ ـ ـ ـة والأمن القانوني للمعاملات بعض الضمانات، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في المادة 554 من ق.م التي تحمل المهندسين المعماريين والمقاولين المسؤولية لمدة 10 سنوات بعد استلام البناء بالنسبة لبعض العيوب التي تظهر لاحقا لاسيما وأن المسؤوليات المختلفة للقانون العام سواء كانت تعاقدية أو تقصيرية تعد غير كافية لإحاطة مسؤوليـة المشيد في حالة الضرر المتصـل بتشييد المنشأة[1]، وهو ما يبرر تنظيم المسؤولية الخاصة اللاحقة للاستلام، وذلك على خلاف ما تقضي به القواعد العامة للضمان في عقد المقاولة[2].

وعلى ذلك، فإن عقد تشييد منزل (بناية أو مبنى) يستمر في ترتيب آثاره مدة طويلة بعد إنجازه[3]، نظرا لطبيعة وخصوصية العمل التشييدي[4].

هذا وقد ازداد موضوع المسؤولية العشرية أهمية أكثر من أي وقت مضى، نظرا للارتفاع الكبير في نسبة إنتاج المباني على اختلاف أنماطها خاصة السكنية منها، وذلك بدافع القضاء على أزمة السكن، ولكن الارتفاع الملحوظ في وتيرة إنجاز المباني في السنوات الأخيرة صاحبه بلا شك نقائص في الإنجاز، والتي يمكن إرجاعها في الغالب إلى عدم احترام قواعد الفن.

- -
- -

1- Armel Benerab, « La garantie décennale le domaine de la construction », Publié le: 26/02/2012 au site suivant: http://www.cgv-expert.fr/article/garantie-decennale-domaine-construction_10.htm Consulté le: 04/10/2013.

2- ينقضي الالتزام بالضمان طبقا للقواعد العامة في عقد المقاولة بوجه عام بمجرد تسليم العمل بعد تمام إنجـــــــازه ودفع ثمنـــــــه ومن هذا الوقت تبرأ ذمة المقاول تجاه رب العمل بصفة نهائية.

3- Benerab(A), Article précité.

راجع في هذا المعنى أيضا، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 261.

4- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع والصفحة.

وتجدر الإشارة إلى أنه تم النص على الضمان العشـري لأول مرة بالمادة 74 مقطـع 4 من قرار مؤرخ في: 1964/11/21، يتضمن دفتر الشروط الإداريـة العامة، تحـت عنوان الاستـلام النهائي، التي جـاء فيـها: " يشتـرط لصـــــــالح الدولـة حالة الدعـــــــوى الخاصـــــــة بالضـــــــمان المنصـــــــوص عليـه بالمادتيـــــــــن 1792 و 2270 مـن القانون المدني"، مـع أن القانون المدنـي الجزائري لم يكـن آنذاك قد صـدر بعد، ولعل هذا ما جعل المشرع يحيـل علـى المادتيـن 1792 و 2270 المتعلقتـان بالضـمان العشـري تطبيقـا لقانـون: 1962/12/31 الذي مـدد العمل بالقوانين الفرنسية التي لا يتعارض تطبيقها مع السيادة الوطنية.

ويمكن تعريف الضمان العشري[1] بأنه: " تقنية بمقتضـاها يضمن كل مشيـد خـلال 10 سنـوات الإصـلاح التّـام للخلال الجسيمة التي تلحق المنشأة، والتي لم تكـن ظاهرة أثنـاء استـلامها"[2].

والضـمان العشـري فـي الصفقـة العامة للأشغال هو " ذاك الضمان الذي بموجبه يضمن كل مشيد طيلة العشر سنوات بشكل تام، إصـلاح الخـلال الجسيمة التـي تلحـق بناية أو منشـأة للهندسة المدنية مشيدة فـي إطار صفقة عامة للأشغال، والتي لا تكون ظاهرة وقت استلامها"[3].

وبذلك فالهـــــدف من الضـــــمان العشـــــــــري هو إلـــــــزام المقـــــاول و المهنـــــدس المعمـــــــاري بتعـــويض

1- للضمان العشري نفس المفهوم سواء تعلق الأمر بصفقة الأشغال الخاصة أو بالصفقة العامة للأشغال، طالما أن الغاية من استحداثه واحدة، وهي التثبت من حسن التنفيذ وخلو المنشأة من العيـــــــوب والنقائص التــــــي قد تـــــــطال من استقرارها وعملها في ظروف طبيعية.

2- Youcef Brahim, « La garantie décennale selon l'article 554 du code civil », Revue Trimestrielle Algérienne des sciences juridique économique et politique, Publication de la faculté de droit de Ben Aknnoun-Université d'Alger, Vol.38, n II, 2000, p.3 et s.

3- Cyril Laroche, « La garantie décennale des constructeurs », Marchés publics (Fiche pratique), Le moniteur-82, Octobre 2011, p 63.

المالك تعويضا كاملا عن الضرر اللاحق به من جراء العيب في البناء[1].

لذلك، فإن الضمانات القانونيـــــة تبقـــى بغض النظر عن كـــــــل الأنظمة، ضمانات للعيـــوب الخفية و/أو الأضرار الخفية أثناء الاستلام[2].

ويجمع الفقه المقارن على أن الحكمـــة من تقرير هذه المسؤوليـــة الخاصـــة تجـــاه المشيدين إنما هي حماية رب العمـــل[3]، الذي يغلب أن يكون جـــاهلا بفـــن البناء[4]، خاصـــة ذلك الفـــرد الذي يقوم بتشييـــد منـــزلا له.

غير أن وضع مسؤولية استثنائية بالنسبـــة للقـــواعد العامـــة فـــي المسؤوليـــة العقديـــة قد جـــعل مشكل أو شـــروط تطبيق أحكام المواد المنظمة لهذه المسؤولية يكتســـي أهمية خاصة[5]، ولذلك فإن تطبيق الضمان العشري يكون قاصرا على عقود المقاولة التي ينصب موضوعها على تشييد المباني والمنشآت العقارية الأخرى.

ورغم الاختلافات الكبيـــرة جـــدا بين عقد المقاولـــة فـــي القانون المدنـــي وصفقـــة الأشـــغال العامـــة إلا أن العقـــد المدني للمقاولـــة يتصـــل على الأقل عندما ينصـــب محله

علـى عقـــــــــــــار بما يعـرف فـي القانـون الإداري بصفقـة الأشـغال العامـة[6]، ذلك أن فكـــــــــــــــرة الأشغال العامة تتصــــــــل بالعقارات اتصالا وثيقا[7]، وأن ما يميز عقد الأشغال العامة عن غيـــــره من العقــــود الإدارية هــــــــو

1- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., pp. 188, 189.

2-V. Karila (J.-P), « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants e matière immobilière », op.cit, p. 4, col.2.

3- Planiol(M) et Rripert(G), op.cit, pp. 185, 186.

4- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 142، 143. راجع أيضا:
Saint –Alary(R), op.cit., p. 108.

5- Saint –Alary(R), Ibid., p.114.

6- De laubadère(A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 390.

7- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري- قسنطينة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 4.

محله الذي يجب أن ينصب على عقار[1].

غيــــــر أنه في نفس الوقت لا تطبق قواعـــــــد القانون المدنــــــــي مباشرة علــــــى صفقة الأشغال العامــــــــة، ومبـــــــــرر ذلك هــــــــي الميـــــــزة البـــــــارزة للصفقة الإدارية للأشغال وارتباطها الوثيق بالمنفعة العامة[2]، فالقاضي الإداري لا يكون مقيدا بقواعد القانون المدني، ولكـن له أن يستعيـر منها إذا بدا له أن بعض القواعد تحتـوي علـــــــــى ميـــــــــــــزات خاصة بصفقة الأشغال العامة أي تتلاءم مــــــــع خصائصها، والمثـال الأكثـر نموذجا هنا، هو نظـام المسؤولية العشرية للمقاولين والمهندسين المعماريين، فقد طبق

القضـاء الإداري الفرنسي فـي هذا المجـال أحكام المادتين 1792، 2270 من القانون المدني[3].

أما في الجزائر، فإن تطبيق الضمان العشري على صفقة إنجاز أشغال البناء هو أمر مقرر قانونا[4]، إذ لا يحتاج إلى اجتهاد قضائي يقرره، لذاك سوف نتطرق لموضوع الضمان العشري كآلية لضمان حسن إنجـــــاز المنشآت العقارية دون تمييـــــــــز بيـــــــن مشاريع البنـــــاء العامة والخاصة.

ولما كان الضمان العشري عبارة عن تقنية استحدثها المشرع الجزائري أسوة بالمشرع الفرنسـي لأجـــــل كفالة حســـــــــــل تنفيـــــــــــن تنفيـــــــــذ مشاريع البنـــــاء، وذلك صونا منـــــــه للأرواح وحـــــفاظا علـى الممتلكات العقارية باعتبارها أحد مظاهر تقدم الدول ورقي الشعوب والأمم، حيث آثرنا علاج هذه الآلية ضمن مبحثين: **الأول** تم تخصيصه **لنـطاق تطبيق الضمان العشري**، أما **الثانـــــي** فيتناول **النظام القانوني لهذا الضمان.**

1- بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 4.

2- De Laubadère(A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 390.

3- Ibid., p. 390.

4- راجع المادة 47 نقطة 4 من قرار مؤرخ فـــــــــــي: 21 نوفمبر 1964، يتضمن دفتـــــر الشروط الإدارية العامة، مذكـــــــور آنفـــــا وراجع كذلك المادة 22 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميــــدان البنـــاء وأجـــــــــــر ذلك، والمـــــادة 14 من المرسوم التشريعــــــــي رقـــــــــم: 94-07 المؤرخ فـــــــي: 18 ماي 1994، المتعلـــــــــــــق

المبحـث الأول:

نـطاق تطبيـق الضـمان العـشري

نظرا للطابع الاستثنائي للضمان العشري الذي تقررت أحكامه خلافا للالتزام بالضمان في عقد المقاولة بوجه عام، فإن تطبيقه يكون قاصرا على نطاق محدود سواء تعلق الأمر بالمحل الذي ينصب عليه هذا الضمان أو بأطرافه.

فمن **حيث المحـ ـ ـل**، يجـ ـ ـ ـ ـ ـب أن يقتصـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر تطبيـ ـ ـ ـ ـق الضـ ـ ـ ـ ـ ـمان العشـ ـ ـ ـ ـ ـري على نوع معين من الأضـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـرار[1] و كذلك الأموال[2]، أما من **حيث الأطراف**، فإن تطبيق أحكام الضمان يجب أن يقتصر أيضا على أشخاص معينين سواء كانوا مدينين أو دائنين به، وحسب المادة 554 من القانون المدني لا يلتزم بالضمان كل من شارك في عملية البناء، كما أن المستفيد منه ليس هو كل شخص تنجز لحسابه المنشأة، فأحكام الضمان العشري لا تسري مثلا في العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.

وجدير بالذكر، أن القانون المدني قد ضيق كثيرا من نطاق تطبيق الضمان العشري من حيث الأشخاص المدينين به مقارنة ببعض القوانين الخاصة، مثل قانون تنظيم نشاط الترقية العقارية[3] رقم: 11-04، وقانون التأمينات رقـ ـ ـ ـ ـم: 95- 07، المذكـ ـ ـ ـ ـ ـورين سابقا، ولعل مبـ ـ ـرر هذا التوسع يرجع إلى رغبة المشرع في تقوية الحماية الممنوحـ ـ ـ ـة لرب العمل، إذ لم يعـ ـ ـد المقـ ـ ـ ـاول

بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المذكوران آنفا.

1- يشمل التعويض استنادا إلى أحكام الضمان العشري ما يحدث في البناء من تهدم ولو كان جزئيا، بالإضافة إلى العيوب الجسيمة التي تهدد متانة البناء وتعرض سلامته للخطر.

2- الأموال هي المباني والمنشآت الأخرى بما فيها عناصر تجهيز البناية غير القابلة للانفصال كما سنرى، والتي قد تكون عرضة لخطر الانهيار أو التصدع نتيجة عدم مراعاة المشيدين أصول الفن والقوانين المتعلقة بالبناء والعمران.

3- وقبل ذلك كان المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري يلقي بالمسؤولية عن الضمان العشري على عاتق المتعامل العقاري بصفة احتياطية. راجع المادة 8 فقرة 2 من هذا المرسوم.

والمهندس المعماري الشخصان الوحيـــــــــدان الخاضعان للضمان العشري، كما أن موضــــــــوع هذا الضمان لم يعد قاصرا أيضا على المباني والمنشآت الثابتة فقط.

وهذا ما سوف نحاول تسليط الضوء عليه من خلال المطلبين المواليين، الأول خصصناه **لموضــــــــــــــوع الضــــــــــمان العشري (المطلب الأول)**، على أن نتعرض **لأطراف هذا الضـــــــــــمان** في**(المطلب الثاني)**.

المطلــب الأول:

موضــوع الضمــان العشــري

لا يطبق الضمان العشري إلا علـــى الأضـــرار بمعنى العيـــوب والخلال التي تلحــق المبانــي والمنشآت الثابتة الأخرى نتيجة سوء تنفيذها، وهذا تطبيقا لنص المادة 554 من القانون المدني المقابلة للمادة 1792 من القانون المدني الفرنسي التي استبدلت كلمة Edifice حسب الصياغة القديمة بكلمة Ouvrage في صياغتها الجديدة لسنة 1978.

وما يلاحـــــظ على المشرع هو استعماله غيــــــر الدقيـــق لكلمــة Ouvrage مرة بمعنــــى منشــــأة وأخــرى بمعنــــى عمــــــل، واستعمالــــــــــه مــــــــــــن جـــــهة ثانيـــة كلمــــــة Ouvrage كلفـــظ مـــــرادف لكلمـــــــــة Construction أو لكلمة Edifice، وهذا ليس فقط في القانون المدني، بل في القوانين الأخرى أيضا، مثل قانون التأمينات رقم: 95-07 آنف ذكره.

كما يلاحــــــــــــظ أيضا استــــــــعمال المشرع غيـــــــــــر الدقيق لكلمـــــة Malfaçon بمعنــــــى عيــــــب Vice و استعمال هذه الكلمــة الأخيرة أحيانا بمعنى خلل Désordre.

ولعل الخلط بين هذه الألفاظ يرجع إلـى التقـارب الموجـود بينها فـي المعنـى، وهو الخلط الذي وقع فيـه كذلك القضاء الفرنسي[1].

1- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., pp. 108, 109.

وعموما، إن تحديد مدلول هذه المصطلحات ليس له أهمية من الناحية النظرية فقط، بل ينطوي علـى فائـدة عملية أيضا، إذ يتحدد على ضوئه نطاق تطبيـق الضمان العشـري، وعليـه فإن نطـــــــــاق هذا الضمـان يتحـــــــــدد تطبيقـــــــــــــه من حيــــــــــث الأمـــــــــــوال(**الفرع الأول**) والأضـــــــــرار(**الفرع الثاني**).

الفـرع الأول: تطبيـق الضمـان العشـري من حيـث الأمـوال:

نعني بذلك، الأشغـال التي تثيــــــــر المسؤوليـــة العشـــرية، فليس كـل أشـغال البناء[1] تكـون موضوعا للمسؤوليـة العشرية.

وبعبارة أخرى، لا يشـمل الضمان العشري كل الأشغال المتعلقـة بالبنـاء، بل يقتصـر تطبيقـه علـى نطـاق محدد من هذه الأشـغال سواء كان الغرض منها تشييـد أبنيـة جديدة أو تعديلها أو تجـــــديدها، ولعل هـذا ما نص عليه المشرع بالمـادة 554 من القانون المدني التـي حصـرت مجـال تطبيق الضمان العشري في أعمال تشييد المباني والمنشآت الثابتة دون غيرها من أعمال البناء الأخرى، كأعمال الصيانة البسيطة وغيرها.

أما المادة 181 فقرة أولى من قانون التأمينات رقم: 95-07 فقد وسعت من نطـاق تطبيـق هذا الضمـان الخاص، حيث أضافت إليــــه عناصـر تجهيـــــــــز البنايـة غيـــــــــر القابلة للانفصـــــــــال

وبالتالي لم يعد الضـمان العشـري في القانون الجزائري يقتصر مجاله على المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، كما نصت على ذلك المادة 554 من القانون المدني، بل أصبح مجاله يتسـع ليشمل كذلك على غرار القانون الفرنسي الأضرار التي تمس بصلابة عناصر تجهيز بناية ما.

1- أشغال البناء حسب جانب من الفقه الفرنسي يشمل الأشغال التي يكـــــــــــــون محلهـا إنجــــاز أو تعديل البنــــــــــــايات Constructions المقاومـة فـوق الأرض، ويكون الإنسان مدعوا للتحرك بداخلها، والتي توفّر له الحماية ولو جزئيا ضد اعتداءات عناصر الطبيعة الخارجية. راجع:
Costa (J.-L), op.cit., p. 36, col.2.

أولا: المبانـي:

لا يقتصر تطبيق الضمان العشري على المباني بالمعنى الضيق، وإنما يمتد كذلك إلى المنشآت الأخرى التي لا يستوعبها مفهوم البناء بمعناه الفني الضيق، لذا لا بد من تحـديد مفهـوم هذه الألفـاظ حتـى لا تختلط ببعضها من جهة، ولأنها عنصرا محددا لمجال مسؤولية المشيدين من جهة أخرى، إذ يتحـدد الضـمان بالمنشـآت التـي تشكـل مبان تشييديـة بمعنـى عقارية.

والملفت للانتباه في هذا الصدد هو الاستعمـال غير الدقيق من طرف المشرع على غرار المشرع الفرنسي لكلمات Ouvrage, Edifice, Construction, Bâtiment، ممـــا ينتـج عـــن ذلك صعوبة تحديد نطاق تطبيق الضمان العشري.

ومن الأهميـــة بمكان أن المـــادة 554 [1] من القانـــون المدنـــــي قـد نصـــــت صراحـــــــة على أن الضمـان العشـري ينصب على المباني والمنشآت الثابتة فقط دون أن تحـــــــــدد المقصود منها لذلك وجب تحـديد مفهومها، نظـرا لما لها من أهمية في تحديد نطاق تطبيق الضمان العشري.

لقد حدد المشرع المقصود بالبناءات والمنشآت الثابتة في المادة 23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1988/05/15، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البنــــاء وأجر ذاك، كما يلي:

1- كما حصرت المادة 22 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1988/05/15 الذي يحدد كيفيات ممارسـة تنفيـذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذاك، المعدل والمتمم، نطاق الضمان العشري في المباني والمنشآت الثابتة الأخـرى، حيـث جاء نصها مطابقا تماما لنص المادة 554 من القانون المدني مع سقوط عبارة " فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشـآت ثابتـة أخـــــــــرى" والتي لا يؤثر وجودها على فحوى النص خاصة وأن المشرع كانت صـياغته للمـادة فـي بدايتها بعبـارة طبقـا للمـادة 554 من القانـون المدنـي، والفارق الوحيد بين النصين هو استبدال المشرع كلمة مهندس معماري بكلمة مستشار فني في المادة 22 من القـرار المذكـور، علـى اعتبـار أنه يمكن أن يكون المستشار الفني علـى الخصوص مهندسا معماريا أو مكتب دراسات مختص أو متعدد الاختصاصات..(م. 3 فقرة 2 من نفس القرار).

البنايات: " وتشمل كل منشآت الأسس، والهياكل الفوقية، والأسوار والتغطية"[1].

المنشآت الثابتة: " هي التجهيـزات المرتبطـة ارتباطا وثيقـا بالبنايات، و لتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات مستعملها[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي[3]رقم: 96-49 المؤرخ في: 1996/01/17 الذي يحدد قائمة **المباني العمومية**[4] المعفـاة من إلزاميــــة التأميــــن من المسؤوليـــــة المهنية والمسؤوليـة العشريـة، علما بأن هذا النص التنظيمي جاء تطبيقا لأحكام المادة 182 فقرة 2 من أمر رقم: 95-07 مؤرخ في 1997/01/25، يتعلق بالتأمينات، يتضح بأن هناك منشآت لا تعتبر من قبيل البنايات بالمعنى الضيق لكلمة مبنـى، ومـع ذلك اعتبرها النص بناء، مثل: الطرق، خطوط نقل السكك الحديدية، القنوات.

يبدو أن النص القانوني الذي أورد تعدادا للمباني العمومية المعفاة مـن إلزاميـة التأميـن من المسؤوليـة المهنية والمسؤولية العشرية قد أخذ بالمفهوم الواسع للمنشأة Ouvrage، وهي كل بناء أقامته يد الإنسان دون اعتبار للغرض الذي أنشأ لأجله، أو لطبيعة المواد التي استخدمت في تشييده، أو تدخل في تكوينه، وسواء كان فوق الأرض أو تحتها أو في مستواها، وإنما يشترط فيـه أن يكـون متصـلا بالأرض اتصـال قرار، وفـــــي هذا الصدد يؤكـــد الفقه الفرنسي علـــــى

1- les constructions s'entendent de tous les ouvrages de fondations, de superstructures, de clos et de couvert,

بالنسبة لتحديد مفاهيم هذه الألفاظ، راجع:

Costa (J.-L), op.cit., p. 37, col.1.

2- les ouvrages permanents s'entendent des équipements indivisiblement liés aux constructions de nature à rependre aux contraintes d'utilisation et en conformité avec les besoins de l'utilisateur.

3- ج.ر، عدد 5، صادرة بتاريخ: 21 جانفي 1996.

4- لقـــــد وردت فـي النـــــــــــص الفرنسـي للمـــــــــادة 2 من المرســـــــوم التنفيــــذي المذكــــــور أعــــــلاه، عبــــــارة « Ouvrages publics » وترجمتها الصحيحة هي: " المنشآت العامة ".

وجوب الأخذ بالمعنى الواسع لكلمة Ouvrage.

وعلى ذلك، تعد منشأة Ouvrage، البناية Bâtiment ، أشغال الهندســة المدنيـــة Travaux de génie civil، الطرق والشبكـــات(VRD) ، الحظائر والحدائق وغيرها[1].

وعلى هذا الأساس، فالمنشأة مفهوم أوسع من مفهوم البناء Construction الذي لا يتسع مجاله لكل المنشـآت، مثل الطرق وقنوات نقل المياه..الخ، ومع ذلك، فالبناء أوسع مفهوما

من كلمـــــــــــــــة (مبنـــــــــــى) Edifice أو (بنايـــــــــــــــة)Bâtiment ، وهذه الأخيـــــــــــرة أضيـــــــق مفهوما من كلمـــــــة Edifice[2] .

ونظرا لأهمية معرفة مدلول هذه الألفاظ في تحديد نطاق الضمان العشري، فإنه من الضروري التطرق ولو بشيء من الإيجاز إلى مفهوم كل مصطلح على حدة دون تكرار لما سبـق ذكـره فـي هذا الصدد من مفاهيـم.

ثانيا: المنشـأة (Ouvrage) : ولها معنيين، المعنى الأول يدل على العمل المنجز Le travail exécuté، ومن هنا يمكن القول بأن عقـد إيجـار العمل يندرج ضمن هذا المفهوم، حيث يقوم العامل أو الحرفـي بعمل لحسـاب المصدر للأمر، أما المعنـــــى الثانـــي، فتظهر فيه المنشأة كبناء[3]، بمعنى أن " اللفظ المألوف لا يشمل فحسب البنايات وإنما جميع المبانـي، والأعم الأغلب كل أصناف البناء، كل عنصر يساعد في تشييـد المبنـى خلافا للعناصر التجهيزية" [4].

وقد استبدل المشرع الفرنسي بقانون 78-12 لفـظ Edifice بلفظ Ouvrage في المادة 1792 مدني رغم التـــــقارب الموجـــــــود بين المفهومين، إذ تكـــــــون المفاضـلة بينـــــهما على أسـاس"

1- Le tourneau(ph), op.cit., p.485.

2- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 125. En ce sens, Costa (J-L), op.cit., p.36, col.2.

3- Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p.31.

4- Vocabulaire Capitant cité par : Ngoungoure Mfenjou(D), Ibid., p.31, note(57).

العموميـة"، فالمنشأة هي " البناء في مجمـوعه مع جميـع عناصره الإنشائية والتجهيزية"[1].

لكن المبنى Edifice من الناحية الفنية يعتبر مفهوم ضيق جدا من مفهوم المنشأة، والواقع أن كل المنشـآت ليست مبـــــــــان، مثـــــــــــل ملاعب التنس، الطرق والشبكات المخـــــــتلفة، ملاعب القولف وأشغال الهندسة المدنية، فهذه الأخيـرة لم تكن فـي ظل قانـون 1967 تثيـر كما هو الحال اليوم الضمان العشري حتـى وإن كان الاجتهـاد القضائـي يظهر توسـعا فـي تطبيـق أحكامـه، حيث طبقه على البيوت البلاستيكية[2]، وعلى البنايات البسيطة[3].

وعلى العكس من ذلك، كل هذه المنشآت تشكل في ظل قانون سبينتا بنايات بمفهوم القانون، وأصبح هذا القانون يطبق على بناءات متنوعة جدا: مثل البهو[4] والمدخنـــــــة[5] المدفئـة المركزيـة[6]، مأتم معدنـي[7]، تبليط إسمنتي[8]، أشغال تعزيز الهندسة المدنية[9]، وأكثر حداثة محطة صناعية هوائية[10].

وقد اعتبرت لجنة تطبيق قانون رقم: 78-12 المؤرخ في: 04/01/ 1978، المتعلق بالمسؤولية والتأمين في مجـــــال البنـــــاء بأن قرينة المسؤولية تطبق على كل عملية تشييـــــــــد منشأة

1- Malinvaud (ph) et Jetstaz (ph), op.cit., p.108.

2- Cass. civ3, 21 mars 1979, RDI 1979, p. 344, obs. Malinvaud et Boubli cité par: Ngoungoure Mfenjou (D), op.cit., p.33, note(62).

3- Cass.civ3, 8 déc. 1981, RDI 1982, p. 517, obs. Malinvaud et Boubli cité par : Ngoungoure Mfenjou(D), Ibid., p. 33, note(63).

4- Cass.civ3, 4 oct. 1989, Bull. civ. III, n° 179, p. 98.

5- Cass.civ3, 25 fév. 1998, Bull. civ. III, n° 46, p.31.

6- Cass.civ3, 18 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 298, p. 184

7-Cass.civ3, 17 déc. 2003, Bull.civ.III, n 231.

8- Cass. civ3, 9 juin 2004, JCP 2004, éd. G. IV, n° 2631.

9- Cass.civ3, 12 juin. 1991, Bull.civ.III, n 168 cité par : Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 36.

10- 23 mai 2007, RDI 2007, p. 353, obs. (ph) Malinvaud.

سواء كانت تتعلق ببناية أو بأي بناء آخر، شيـدته يد الإنسان، مثــل جسر أو حوض[1]، كما نشيــــر بأن قانون Spinetta يطبق كذلك على كل شخص يشارك ولو جزئيا في تشييد المنشأة[2].

ويستلزم القضاء الفرنسي بالنسبة لكل المنشآت أن يتعلق الأمر بمبان حقيقية، ويستعمل على الدوام مفهوم أشغال البناء Travaux de construction، وفـــــــي هذا السيـاق اعتبرت الغرفـة الثانيـة لمحكمة النقض الفرنسية كأشغال بناء عقاري " المنشآت التي تستدعــــــي تقنيــــــات أشغــــال البناء"[3].

وعلى ذلك، فإن أشغال تجديد عقار لا تشكل بناء بمفهوم المادة 1792 من القانون المدني [4] المقابلة للمادة 554 مدني جـزائري، وفي هذا الشأن اعتبرت محكــــمة النقض الفرنسية بأن أعمـال تجديد واجـــهة عقـار لا تعتبـر من قبيـل أعمال البنـــاء، كما لا تعتبـــــر من قبيــــل أعمـــال البنـــاء كـــــــذلك، عمليـات الإصـــــلاح والتنظيـم الداخلـي لشقة فـــــي عقـار قديـم[5]، وإصلاح العيـــــــوب ليس بالضـــــرورة هـــــي أشغــــــال بنـــــاء[6]، ونفس الحــــــل تـــم اعتــــماده بالنسبة لتغييــــــر

- -

- -

1- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 36.

2- Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p. 33.

3-Voir cette jurisprudence, Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 109.- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 38.

راجع على سبيل المثال تطبيقا لهذا الاتجاه القضائي بالنسبة لأشغال تحت الأرض لإنشاء محطة ميترو:

Cass.civ1., 9 avr.1991, Bull.civ.I, n 133.

4- Cass.civ3, 5 fév.1985, Bull.civ.III, n 21 cité par : Liet-Veaux(G), J.cl, Construction, Fasc.203-3, 1990, n 160, p. 16.

5- Cass.civ.3, 15 dec. 1982, G.P.1982, II, p.482, not planqueel cité par: أحـــــــــــــــــمد عبـــــــــــــــد العـــــــــال أبـــــو قرين، العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، المسؤولية ص 154، هامش (3).

6- Civ3, 3 déc.1985, J.C.P. IV.63; RDI 1986. 208, obs.ph. Malinvaud et B. Boubli.

سقف[1]، ووضع ورق الحائط [2].

وعليه، فأشغال البناء Travaux de bâtiment تشمل الأشغال التي يكـــــــــون محلها إنجـــــــاز أو تعديل البنايات المقامة على الأرض[3].

إن المنشأة باعتبارها بناء عقاري تثير بالضـرورة مسؤوليـة المشيدين، ولكن الطابع العقـاري للمبانـي تقليديا لا يرجع إلى طبيعتها الذاتية، وإنما من اندماجها بالأرض[4]، لذلك فالمباني ليست عقـارا بطبيعتها، وإنما تكتسـي صفة العقار نتيجة التصاقها بالأرض التي تعتبر العقار الوحيد الحقيقي الأصيل والدائم بطبيعته[5].

ولكن ليس بالضرورة أن يكون هناك التصاق مباشر بالأرض، فالالتصاق غير المباشر بها يكفـي لإضفـاء صفة العقار، كإضافة طابق علوي مثلا، وبذلك لا يطبق الضمان العشري على المباني التي لا تكون ملتصقة بالأرض.

وعلى العموم، هناك معياران لإضفاء صفة البناء، هما: تثبيت البناء، وحجمه.

ضرورة التثبيت بالأرض: بمعنى يجب أن يكون هناك ربط مـادي للأشغال بالأرض، إذ يعد هذا الربط محددا لتكييـف الأشـغال بوصفها منشأة[6]، وعلى ذلك، يجب استبعاد من

الضمان العشري كل المنشآت التي ليست لها طابع عقاري، بمعنى لا تستند إلى أساسات أو لا تتضمن أي عمل تثبيت أو دمج بالأرض ولا استخدام مواد البناء[7].

- -

- -

1- Trib.Gr.Inst.Auch 16 déc. 1987, Cavalié c. Card cité par : Liet-Veaux(G), J-cl, Construction, Fas.3-201-1, 1990, n 161, p. 16.

2- Cass.civ3, 12 janv. 1988, arrêt n 65 cité par : Liet-Veaux(G), J-cl, Construction, Fas.3-201-1, 1990, n 161, p. 16.

3- Costa (J.-L), op.cit, p.36, col.2.

4- Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p. 35.

5- علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 348.

6- Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p. 35.

7- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 109.

كما يجب أن تكون الأشغال المنفذة على قدر من السعة: ويعـد هذا ضروريا لتكييف المنشــــــأة ولإضفاء وصــف المنشأة على أشـغال البناء، وهو شرط محدد لمجـال الضمـان العشري وبالتالـي يستبعد من نطـاق تطبيـق مسؤوليـة المشيدين المبانـي والمنشـآت ذات الحجـم البسيـط فقـد قضـي مثلا بأن تركيب insert داخل مدخنـة[1] لا يعتبـر منشـأة، ونفس الشـيء بالنسبـة لمظلة حديقة[2]، ووضع سخان ماء أو كرة ماء ساخن[3].

وعلى العكس، قضـي بالاعتماد على أهميـة الأشـغال بأن أشغال تهيئة عقـار اشتملت خاصـة علـى تطييـن الواجهات، استبدال الأجزاء المتعفنة، تطهير الأماكن الرطبة، رفع وإزالة التصدعات، وضع بلاط، إصلاح الجدران، الأغطية، الجدران العازلة، فتح Trémies ، تشييد جدران مسار مصعد كهربائي، وتركيب هذا الأخير، واستحداث حمام، تعتبر منشآت[4].

ولكن بالنسبـة لمجلس استئنـاف فارساي، اعتبـر أشـغال تجـديد مستبعدة من الضـمان العشـري، لأنها لا تتعلـق ببنـاء[5]، لكـن الشخص الذي يقـوم بتجـديد عقـار قديم بواسطة أشـغال تتطلب رخصـة البنـــــــاء يكــــــــون مشيـدا بمفهـوم المسؤوليـة العشـرية[6]، وتجــــديد وتوسـعة عقـار يعتبر عمل تشييدي[7]، وقد اعتبر إنشـاء شرفـة عمـل تشييدي[8].

1- Civ3., 6 fév. 2002, RDI mars-avril 2002, 149.

2- Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p. 36.

3- Ibid, op.cit., p.36.

4- Ibid., p.36.

5- Versailles, 4 ch. 5 juin 1987 : Gaz.Pal.1988, 1, somm.101, et autre arrets cités par : (G) liet-veaux J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n162, p. 16.

6- Nancy, 6 mai 1987 : Quot. Jur. 2 juill. 2988, p. 4.

7- Versailles, 4e ch.4 déc. 1987 : D.S. 1987, 134, note J-P.Karila cité par : (G) liet-veaux, J-C, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 163, p. 16.

8- Cass.civ3., 4 oct. 1989, Gaz.Pa. 1989, 2, Pan. jur., Bull. Civ.III, n. 178, cité par : Liet-Veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990 , n . 163, p. 16.

والتجديد Restauration يقتضـي إعادة العقـار إلى حالتـه الأصليـة[1]، أما التهيئـــة Réhabilitation، فتقتضي جعل عقار منسجم مع مقاييس التهيئة الراهنة[2].

إذن، إن مفهـوم المنشـأة جد متنوع كما رأينا، إذ يظهر تارة كعمل باعتباره أشغال بناء مختلفة، وهو يشمل عناصر تجهيـز البناية إذا كانت غيـر قابلـة للانفصال مع بعض عناصر المنشأة[3].

ثالثا: العنصـر التجهيـزي للبنايـة[4]:

لا يقتصر الضمان العشري في القانون الجزائري على غرار القانون الفرنسـي علـى تعويض الأضـرار التـي تلحق بالمبانـي والمنشـآت الثابتـة الأخرى فحسب، بل يشمل أيضا الأضرار التي تمس بصلابة عناصر تجهيز البناية، والتي تشكل جزءا لا يتجزأ من المنشأة نفسها.

ويذكر في هذا الصدد بأن المشرع الفرنسـي يشيـــــــــــر إلـى المنشـــــــــأة وعناصر تجهيز البناية لأجل تحديد موضوع مسؤولية المشيدين[5]، وكذلك فعل المشرع الجزائري كما سنرى.

وعليه، فضـمان الصلابة المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني لا يشـمل فـي الواقع الأضـرار التي تكون لها علاقة بهيكل المنشأة فقط، بل يشمل أيضا الأضرار التي تلحق بعناصرها التجهيزية، لكن في الحالة التي تكون فيها غير قابلة للانفصال مع منجـــــــــزات التـــــــهيئة

1- La « restauration » consisterait à remettre un immeuble dans son état d'origine : V. Karila (J-P), « Les responsabilités des locateurs d'ouvrages immobiliers après exécution et réception de travaux sur existants », la Semaine Juridique, Doctrine (1991), p. 147, col.2.

2- La « Réhabilitation » consisterait à mettre un immeuble aux normes d'habilitation actuelles » Voir aussi, Karila(J-P), Ibid., p. 147, col.2.

3- Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p. 36.

4- يرتبط العنصر التجهيزي بالبناية Bâtiment أكثر من أي منشأة أخرى، وهذا ما يتضح من استقراء نص المادة : 181 من قانون التأمينات رقم: 95-07، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

5- Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p. 33.

ووضع الأساس، والهيكل، والإحاطة أو التغطية[1].

كما نص المشرع على امتداد الضـمان العشـري إلى التجهيـزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشـآت، والتـي من شأنـها أن تستجـيب لقيـود الاستعمـال وأن تكـون مطابقـة لاحتياجـات المستعمـل فـي المـادة 23 مـن القـرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1988/05/15 المتضمن كيفيات ممارسة أشغال البناء المذكور آنفا، لكن باعتبارها منشـآت ثابتـة، وقد حـدد في نفس المادة نطة 2 منها من نفس القرار، المقصود بالمنشـآت الثابتـة، حيـث عرفـها بأنها تلك " المنجـزات المرتبطـة ارتبـاطا وثيـقا بالمنشآت"[2].

إن المنشأة في هذا النص تتعلق بجزء من بناية أي عنصر من الكل، بمعنى عنصر من مجموع العناصر الكثيرة[3].

وهكذا، فإن المشرع لم يحدد في هذا القرار المقصود بالعناصـر التجهيزية المرتبطة ارتباطا وثيـــــــــــــــــقا بالمنشآت، كما أنه عـرف البنـــــــــــــايات بأنها كـــــــــــــــل أشـــــــــغال الأسـس والهياكـل الفوقيـــــــــــــة والأســـــــوار والسـقف، وبالتالـي فالعناصـر التجهيزية التي يشملها الضمان العشري حسب المادة 181 من قانـون التأمينـات رقم: 95-07 المذكور آنفا[4]، يبدو أنها تختلف عن التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت حسـب المـادة 23-2 من القرار المذكـور مـع أنها تعني شيئا واحدا ولا يعدو الاختلاف أن يكون في الصياغة دون المعنى.

كما أشار المشرع إلـى عناصـــــــر تجـــــــهيز البنـاية أيضا في المادة 15 من المرسوم التشريعـي

1- راجع المادة 181 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

2- النص الفرنسي للمادة 23-2 من القرار المذكور يقول:«.. Liés aux constructions de.. » أي المرتبطة بالبنايات.
3- V. Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p. 37.

4- تنص المادة 181 من قانون التأمينات رقم: 95-07 على أنه : " تغطية الضمان العشري للأضرار التي تمس بصلابة عناصر تجهيز البناية عندما تكون هذه العناصـر جـزءا لا يتجـزأ من منجـزات التهيئـة...". يتضـح من هذا النص أن المشـرع ربـط بين الضـمان العشـري والأضـرار التـي تلحـق العناصر التجهيزية والالتزام بالتأمين.

رقـم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري [1]، حيـث رتب علـى عاتـق المتعامل في الترقية العقارية التزاما بضمان حسن سير هذه العناصر لمدة سنة واحدة، ولكن في إطار التزامه بضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء، مما يعنـي أن التزام المرقـي بضمان حسـن سير عناصر تجهيز البناية يكـون وفقا لأحكـام ضـمان كمـال الإنجـاز المنصـوص عليه بالمـادة 26 من قانـون رقـم: 11-04 الذي يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، والمـادة 44 مـن نفـس القانـون وليس وفقـا لأحكـام الضـمان العشـري، وهـو نفس الحـل الذي أقـره القانـون السابق.

لعل الحكمة من توسيـع المشرع لنطـاق الضـمان الذي أصبـح يشمل كذلك الأضرار التي تمس عناصر تجهيز البنـاية، هـو أن هذه الأخيـــــــرة تشكل جـــــــزءا لا يتجـــــــــزأ من منشـآت التهيئـة وإقامة الأساس والهيكـــــــل والإحـــــــــاطة والتغطية، وبالتالـــــــي، فإن المساس بصلابة العنـــــــاصر التجــــــهيزية للبناية سوف يؤدي لا محالة إلى المساس بصلابة البناية ذاتها، ولا أدل علـى ذلك هو اشتـراط المشرع فـي الفقـرة الثانية من المادة 181 من قانون التأمينـات رقم: 95-07 أن يكـون العنصـر التجهيـزي غيـر قابل للنزع أو الفك أو الاستبـدال من دون تلف أو حـذف مـادة مـن مـواد هـذا الإنجاز.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المفهوم المعطى للمنـــــــشأة باعتبارها عنـــــصر تجــــــــهيزي حيث ألغى قرار 17 نوفمبر 1978، مصرحا بأن

جميع الناشطين في مجال البناء أن يمتثلوا لهذا التعريف لأجل استيعاب ما يشمله مفهوم البناء[2].

وإذا كان من السهل معرفة ما يعد بناية Bâtiment ، وهو المبنى الأجـ ـ ـوف من الداخـ ـ ـ ـ ـ ـ ـل بحيث يكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـون الإنسان قادرا على الحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـركة بداخله، فإن الأمر يصعب حـ ـ ـ ـ ـ ـ ـيال تحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـديد ما يعتبـ ـ ـ ـ ـر

- -

1- لقد استعمل المشرع كلمة بناية بمعنى Bâtiment في النص الفرنسي للمـ ـ ـ ـ ـادة 15 من المرسوم التشريـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـعي رقـ ـ ـ ـ ـم: 93-03، المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى، المذكور آنفا.

2- « Tous les acteurs de la construction se conforment toujours à cette définition pour comprendre ce que renferme la notion de bâtiment ». Voir, Ngoungoure Mfenjou(D), op.cit., p.37.

عنصر تجهيزي[1]، خاصة وأن العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال بالمفهوم المتقدم تخضع من دون شك للضمان العشري على عكس العناصر التجهيزية ذات الوظيفة الصناعية البحتة، لذا يجب عدم الخلط بينهما؟

وينطلق بعض الفقه[2] في التمييز بين العناصر التجهيزية تبعا لما إذا كانت هذه العناصر تؤدي وظيفة البناء أو وظيفة صناعية، وأساس هذه التفرقة هـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي النيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة المفترضة للمشرع[3]. وقد استبعدت هذه التفرقة ضمنيا من طرف الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، حيث أخضعت للضمان العشري عناصر تجهيزية أعدت لتأمين التهوية و le désilage d'un silo [4]، بينما قضت الغرفة الثالثة بأن تركيب الآلات بقصد استغلال مختلف المؤسسات التجارية الفلاحية، أو الصناعيـ ـ ـ ـ ـة، لا يثيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـر أشغـ ـ ـ ـ ـال البنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء أو الهندسة المدنيـ ـ ـ ـ ـ ـة، مما لا يسمـ ـ ـ ـ ـ ـح إذن بتطبيـ ـ ـ ـ ـق مسؤوليـ ـ ـ ـ ـ ـة المشيدين[5]، حيث تم تأكيد

هذا الاجتهاد القضائي اليوم بالمادة الجديدة 1792-7 الناتجة عن أمر 8 جـــــــوان 2005 التي استبعدت من نطـــاق الضـــمان العشـــــري العناصــــر التجــهيزية التـــــــي تسمــــــــــح وظيفتها فحسب بممارسة نشاط مهني[6].

وتتعارض العناصر التجهيزية مع العناصر الإنشائية، فهذه الأخيرة هي مواد بسيطة (اسمنت، جير، فولاذ..) حولت من طرف المقاول في إطار وظيفة البناء، وذلك خلافا للأجهــــــزة

1- Le tourneau(ph), op.cit., p.485.

2- Malinvaud (Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 127.

3- Karila (J.P), Bigot(J), d'Hauteville(A) cités par : Malinvaud (Ph) et Jestaz(Ph), Ibid., p. 127, note(2).

4- Civ1., 26 mars 1996, Bull.civ.I, n 149 cité par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), Ibid., p. 127, note(3).

5- Civ3., 6 nov.1996, RDI 1997, p. 84 cité par : Malinvaud (Ph) et Jestaz(Ph), Ibid., p. 127, note(4).

6- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), Ibid., pp. 127, 128.

والمواد المعدة كلية والموضوعة كما هي[1]، لكن الفصل ليس بهذه السهولة، فعلى سبيل المثال الصفائح التي تسمح بإنجاز تزييف، هل هي عناصر إنشائية أو تجهيزية؟ الإجابة لا تنطوي على أية فائدة بالنسبة للمقاول، لأن مسؤوليته واحدة في كلا الحالتين، والعكس من ذلك، فهي جوهرية بالنسبة للصانع، لأن صانعو العناصر التجهيزية فقط يخضعون استنادا إلى المادة 1792-4 من القانون المدني لمسؤولية المشيدين[2].

وبالرجوع إلى المادة 181 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، التي جعلت من الأضرار المخلة بصلابة عناصر تجهيز البناية سببا لقيام المسؤولية العشرية، نجدها تتكلم عن هذه العناصر بالنسبة للبناية بمعنى Bâtiment، مما يعني استبعاد العناصر التجهيزية ذات الوظيفة الصناعية من نطاق تطبيق النص القانوني.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: من هو المسؤول عن الأضرار الماسة بصلابة عناصر تجهيز البناية؟ هل هو واضع تلك العناصر أو صانعها؟

في الحقيقة لم يرد في النص المذكور ما يفيد الإجابة على هذا السؤال، حيث اقتصر على النص بأن الأضرار المخلة بصلابة العناصر التجهيزية للبناية يشملها الضمان العشري دون تحديد الشخص المسؤول عنها(3).

وعلى ذلك، يجب النظر حسب اعتقادنا في هذا الصدد إلى مصدر الضرر، فإذا كان الضرر ناجم عن خطأ المقاول الذي قام بتركيب العنصر التجهيزي، وجب عليه التعويض، أما إذا كان الضرر راجعا إلى عيب فني في صناعة هذا العنصر، فإن الصانع هو من يتحمل التعويض.

1- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 128.

2- Ibid., p.128.

3- إن عدم تحديد المسؤول عن تعويض الأضرار التي تمس بصلابة عناصر تجهز البناية في المادة 181 من أمر رقم: 95-07 يتعلق بالتأمينات، آنف ذكره، يعتبر نقصا يجب على المشرع تداركه منعا لتضارب التأويلات حول هذه المسألة.

الفـرع الثانـي: تطبيـق الضمـان العشـري مـن حيـث الأضـرار:

تتعلق المسؤولية العشرية أولا وقبل كـل شـيء بعيـوب أو أضـرار البناء. وإذا كان التعويض وفقـا لأحكـــــــــــام المسؤولية العقــــدية يشـمل الضـرر أيا كانت درجـة جسامتـــــــه يسيرا كان أو جسيما، فإن الأمر يخـتلف بالنسبة

للمسؤولية العشرية التي لا تغطي كل العيـوب التي تظهر بعد الاستلام، فهي ليست بالآلية ولا بالعامة[1]، وبالتالي يجب أن يكون الضرر القابل للتعويض وفقا لأحكام هذه المسؤوليـة الخاصة منشئا لخلل غيـر ظاهر[2].

والجدير بالذكر أن الأضرار التي يشملها التعويض وفقا للضمان العشري المنصوص عليه بالمادة 554 مدنـي، تتمثل في التهدم سواء كان كليا أو جزئيا، بالإضافة إلى العيوب الجسيمة التي يكون من شأنها تهديد متانة البنـاء وتعريض سلامتـه للخطـر، أما سـائر الأضـرار الأخـرى فلا يشملها الضـمان.

وهكذا، ليس كل الأضرار التي تلحق المنشأة تفسـح[3] المجـــــــــــال لإعمال الضـــــــمان العشري مما يعني ضرورة وجود خلل Malfaçon حقيقي بالمنشأة[4]، وبغض النظر عن مصدره[5] ويؤكد الفقه الفرنسي بأن أحكام الضمان المنصوص عليها بالمادة 1792 مدني المقابلة للمادة 554 مدني جزائري تعالج إصلاح العيوب، بمعنى النـقائص ذات الطابع الفنـي[6]، وأن اعمـــــــال

1- V. Liet-veaux(G), Juris-Classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n 21, p.5.

2- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 42.

3-10 mars 1981 : Quot. Jur. 2-5 janv. 1982- 25 jan. 1983, arrêt n. 145- 9 juill. 1984, arrêt n. 995 cités par : Liet-veaux(G), Juris-Classeurs- 1990, Construction, Fasc. 203-1, p.5.

4- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 42.

5- وهذا ما أكده القضاء الفرنسي، معتبرا أن أصل الخلال ليس له أي أثر على التعويض، وأن إعمال الضمان العشري لا يقتضي البحث في أسباب الخلال. راجع هذا القضاء:

Malinvaud (ph) et (Ph) Jestaz (ph), op.cit., p. 114, note(3).

6- Malinvaud (ph) et (Ph) Jestaz (ph), Ibid., p. 95.

الضمان العشري مرتبط ارتباطا وثيقا بتقنية و بالنظام القانوني للبناء[1].

ولما كانت المسؤولية المنصوص عليها بالمادة 554 من القانون المدني المقابلة للمادة 1792 مدني فرنسـي تعالج في الحقيقة إصلاح الأضرار التي تلحق المنشأة[2] بعد الاستلام النهائي لها، مما يعني ذلك، أن أحكامها لا تطبق إلا على العيوب الخفية[3]، لأنه مما لاشك فيه، أن الاستلام ينهي كل مسؤولية عن العيوب الظاهرة[4]، حيث يؤكد الفقه المصري هذا الحل، معتبرا بأن العيب الظاهر لا ينجم عنه أية مسؤولية[5].

وهكذا، فإنه يشترط لإعمال الضمان العشري تحقق السبب الموجب له أي الضرر، وهو إما تهدم المنشأة(**أولا**)، أو ظهور عيب جسيم فيها(**ثانيا**).

أولا: تهـدم المنشـأة:

لاشك أن الضمان العشري المنصوص عليه بالمادة 554 مدني، يشمل فـــــــي المقـام الأول التهدم الكلـي أو الجزئـي للبناء، كما يشمل أيضا العيـوب التـي تظهر فيه إذا كانت تمس بمتانته أو تعرض سلامته للخطر.

والجـدير بالذكـر أن المـادة 46[6] من قانـون رقـم: 11-04 الذي يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، قد جعلت من التـهدم الكلـي أو الجزئـي للبناية السبب الوحيد الموجب للمسؤوليـــة

1- Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 42.

2- أي التهدم أو العيوب الجسيمة التي تلحق المباني أو المنشآت الثابتة حسب التعبير الحرفي لنص المادة 554 ق.م.

3- Cass.civ1., 20 juin 1966, Bull. civ.III, n 375 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 94, note(1). Voir aussi, Cass.civ. 27 janvier 1959, Bull. I, n 54 ; 23 avril 1985, Rev.Dr.Immob.1985.p. 379 cités par : Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 838.

4- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 94.

5- مصطف أبو عام، مرجع سابق، ص 28.

6- تقوم المسؤولية العشرية حسب نص المادة 46 من قانون: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في "حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء العيوب في البناء بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

العشرية، وهذا خلافا لنص المادة 554 من القانون المدني.

وتطبيقا لهذا النص، أي المادة 46 من قانون 11-04 إذا لم يؤد العيب إلى انهيار البناية كلها أو جزءا منها، فلا يمكن أن يثير تطبيق الضمان العشري حتى وإن كان جسيما ولا يهم بعد ذلك أن يكون التهدم راجعا إلى عدم مراعاة قواعد الفن، أو إلى رداءة المواد المستخدمة في البناء، أو إلى عيب في الأرض[1] التي شيد عليها البناء..الخ، فالعبرة بحصول التهدم بغض النظر عن السبب الذي أحدثه.

ولكن هذا التحديد لاشك أنه سوف يؤدي إلى إضعاف الحماية التي يرمي إليها المشرع من وراء تقريره لنظام المسؤولية العشرية المنصوص عليها بالمادة 554 من القانون المدني لأنه يفتح حتما الباب إلى تسجيل المزيد من التجاوزات في إنجاز المباني، وهذا يعد في حد ذاته إهدارا لنظام المسؤولية العشرية التي وجدت أساسا لحماية فئة أرباب العمل ضد غش وإهمال المقاولين والمهندسين المعماريين في تنفيذ المباني[2].

والتهدم Ruine هو تفكك البناء وانفصاله عن الأرض التي يتصل بها اتصال قرار[3]، ويستوي أن يكون التهدم كليا أو جزئيا كانهيار شرفة أو سقوط سلم[4].

وتبدو محكمة النقض الفرنسية متسامحة في تقديرها للخلل، حيث أقرت في الواقع الطابع العشري للالتزام بالهدم وإعادة بناء منشأة نتيجة عدم احترام تحصيص[5]، أو عن اغتصاب

1- " الأرض Terrain هي جزء مسطح من القشرة الأرضية، على حالتها الطبيعية أو مهيأة، لأجل إقامة الإنسان " راجع:
Le grand robert de la langue française, 1992 cité par : Ripert(C), op.cit., p.9, note(6).

2- إن الخروق التي تصاحب عمليات إنجاز مشاريع البناء تنجم عنها في الغالب نقائص و عيوب في المباني المنجزة، مما يعني إفلات المنفذين لها من العقاب، الأمر الذي يفقد المسؤولية العشرية الغاية من وجودها، ويجعل مبررات تنظيمها غير ذي معنى.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 287.

4- نفس المرجع، ص 123.

5- Cass.civ3, 11 mai. 1994, J.C.P.1994, IV, n1737 cité par : Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 42.

لأرض مجاورة[1]، فهذا الخطأ العمرانـي أو التثبيتي إذا كان لا يشكـل خرقا لقواعد فـن البناء إلا أنه يؤدي في الواقع إلى الهدم الذي يمس بالنتيجة بصلابة المنشأة[2].

وبناء على هذا الحل، اتجه القضاء الفرنسي إلى إدخـال في نطاق المسؤولية العشرية تعويض الأخطاء ذات العواقب لاسيما الجسيمة منها بالنسبة لرب العمل حتى ولو لم تكن ناتجة عن الإخلال بقواعد فن البناء بالمفهوم الضيق للفظ[3]، لأن العبرة في تطبيق الضمان العشري بوجود الخلل الذي يكتسي حدا من الجسامة وليس بالسبب المنشئ له[4].

ثانيا: تعيـب المنشـأة:

يشمل الضمان العشري أيضا العيوب الجسيمة التي تلحق المنشأة حسب المادة 554 من القانون المدني، إذ يغلب أن تكون هذه العيوب نتيجة خطأ في التشييد [5]، ويجب هنا ألا نخلط بين العيوب التي تظهر في البناء Vices de la construction وعيوب التشييد Vices de construction، فالأولى هي نتيجة للثانية، ووجود عيب في البناء قرينة على أن هناك نقص أو عيب في التشييد[6].

وعلى ذلك، فالمقصود بالعيوب الجسيمة التي يشملها الضمان العشري حسب المادة 554 مدني، هي النقائص Malfaçons بمعنى Désordres أي الخلال وليس مصدر الخلل أو العيب

في حد ذاته، ومما يؤكد هذا المعنـــــى هو ما جاء بالمادة 46 من قانون 11-04 التي نصت على قيـام المسؤولية العشرية فـي حـالة زوال البناية كليا أو جزئيا جراء عيوب في البناء **بما فــي**

1- Cass.civ3., 27 avr. 1994, RGAT, 1194, 820 cité par : Périnet- Marquet(H), op.cit., p.42.

2- Périnet- Marquet(H), Ibid., pp. 42,43.

3- Ibid., p. 43.

4- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 113.

5- العيب فــــي التشييد Vice de construction قد يكـــــــون راجعا إلى مخـــــــــالفة قواعـــــــد فـــــــن البناء، أو عدم مراعــــــــــــــاة القوانيــــــن ولوائح تنظيم البناء والعمران..الخ.

6- V. Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 197.

ذلك النوعية الرديئة لأرضية الأساس.

وإذا كان القانون المدني لم يقدم تعريفا للعيوب في مجال البنـاء إلا أنه أشار إلــى أحـد أسباب ظهورها عنـدما نص في المـادة 554 منه، علـى أن يتحمل المقاول والمهندس المعماري المسؤولية خلال عشر سنوات عما يحـدث فيما شيـداه من مبـان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى من تهدم أو ما يظهر فيها من عيوب ولو كان التهدم راجعا إلى **عيب في الأرض ذاتها** ونفس النهج سلكه قانـون: 11-04 في المادة 46 منه، لكن بصياغة مختلفة(1).

وهكذا، يكون هناك عيب في البناء عندما يكون هناك سوء الصنـعة Malfaçon بمعنى عيب في التشييد نتيجة عدم مراعاة الأصول الفنية المستقرة أو النصوص التنظيمية المعمول بها في مجال البناء، والذي من شأنه يعرض جودة المنشأة للخطر، الصلابة، المنفعة الجمال(2).

وعموما، يشترط في العيب بمعنى الخلل حتى يشمله الضــــمان العشري، أن يكــــــون مؤثرا من جـهة**(أ)**، وخفيا من جهة أخرى(**ب**)، ولا يهم عندئذ مصدره، فيستوي أن يكون راجعا إلى عدم المطابقة [3] للمواصفات العقدية، أو إلـى مخــــالفة الأصـول الفنية لمهنة البناء، فالعبــــرة إذن بالضــــرر الذي يصيـب البناء وبلوغه حدا من الجسامـة دون اعتبار لمصدره[4]، لأن الضمان العشري يقوم على مبدأ التضامن بين المدينين به.

أ- جسامـة العيـب:

لا يضمن المقاول أو المهندس المعماري بعد استلام المنشأة سوى العيــــوب التـــي تبلغ درجـة

1- "...زوال كل البناية أو جزءا منها جراء عيوب في البناء **بما في ذلك النوعية الرديئة لأرضية الأساس**".

2- Ripert(C), op.cit., p.9, note(6).

3- إن عدم مراعاة المواصفات والشروط المدرجة في العقد المبرم بين رب العمل والمقاول أو المهندس المعماري ينذر أن يؤدي إلى تهدم البناء أو ظهور عيوب فيه على نحو تأباه الفطرة السليمة للشيء.

4- وإن كان مصدر الضرر بمعنى الخلل يتحدد عليه المسؤول الحقيقي عن الضرر اللاحق بالمنشأة.

معينـة من الجسامـة، مما يعني أن العيوب الأخرى غير الجسيمة تخرج من نطاق الضـمان المنصوص عليه بالمـادة 554 من القانـون المدني، لأنه لا يترتب عليها تهديد متانة البناء أو تعريض سلامته للخطر.

ويؤكد الفقه الفرنسي بأن هذا النوع من العيوب لا يثير الضمان القانوني، وهو ما يطلق عليه أحيانا تسمية الأضـرار الوسيـطة[1]، ومع ذلك يمكـن ضـمان هذه العيوب وفقا للقواعد العامة للمسؤولية[2]، وفي هذا المعنى يقول مازو، إذا تعلق الأمر بعيـوب بسيطة لا

ينشأ عنها تهدم البنـاء ولا تعرض سلامته للخطر، ولا تجعله غير صالح للغرض الذي أعد له، فينبغـي علـى رب العمل إثبات خطأ المهندس المعماري أو المقاول[3].

والجدير بالذكر هنا، أن الضمان العشري وفقا لنص المادة 554 من القانون المدني لا يشمل خلافا للمادة 1792 مدني فرنسي العيـوب التـي تجعل البنـاء غيـر صـالح للغرض الذي أنشـئ لأجلـه علـى الرغم مـن جسامة هذا النوع من العيوب، ذلك أن العيب الذي يحول دون استعمال البناء فيـــــــما أعد له نرى أنه فـي مقـام العيب الذي يتــــرتب عليه تهديد متــــــــــانـة البنــــــــاء وسلامتـه، إن لم يكن أكبـر منـه جسـامة، بمعنى أن عدم صلاحيـة البناء للاستعمال الذي أنشئ لأجله، معناه أنه غير موجود خاصة إذا كان لا يمكن اصلاحه إلا إذا تم هـدمه وإعادة بنائه من جديد.

ونعتقد أن عدم النص على هذا النــــوع من العيوب بالمادة 554 من القانون المدني لا يعنـــــي أن المشرع قد استبعـده من نـــــطاق تطبيــــــق النص القانونـــــي، بل كل ما فــــي الأمر أنه لـم

1-Malaurie(Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), op.cit., p. 423.

راجع أكثر تفاصيل حول فكرة العيوب الوسيطة، ص 377 وما بعدها من هذه الأطروحة.

2- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 109.

3- Civ1, 19 oct.1964, D.1965.161 cité par : Mazeaud (H et L, J) par Michel de Juglart, Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., p.570, note(6).

يورده صراحـة تجنبا للتكـرار، طالما أن المشـرع وضع قاعدة عامة بشأن الأضـرار التي يشملها الضـمان العشـري، وبالتالي نعتقد أن هذه العيوب يشملها نص المادة 554

مدني بسبب خطورتها[1]، ومع ذلك كان من الأجدر على المشرع أن ينص على وجوب ضمان هذه العيوب اجتنابا لاختلاف التأويلات بشأنها.

ولا تتوقف جسامـــــة العيـــب على طبيعة الأشغال التـي يلحقها الخـــــلل، وما إذا كانت كبيرة أو صغيرة[2]، فمن الخطأ أن نعتقد مع ما ذهب إليه جانب من الفقه من أن الضمان العشري يقتصر على الأضرار التي تلحق الأعمال الكبيرة، سواء كان محل هذه الأضرار هو هيكل البناء أو إحدى عناصره الرئيسية، انطلاقا من أن الضمان المنصوص عليه بالمادة 651 من ق.م المصري يتعلق بضمان صلابة البناء ومتانته[3].

1- كل الاجتهاد القضائي قبل صدور قانون رقم: 78-12 مؤرخ في: 1978/01/4، المتعلق بالتأمين الإجباري والمسؤولية في مجال البناء آنف الذكر، يطبق الضمان العشري بالنسبة للعيوب والنقائص التي تعرض سلامة البناء للخطر أو تجعله غير صالح للغرض الذي أعد له على الرغم من أن نطاق نص المادة 1792 مدني كان قاصرا على ما قد يحدث في البناء من تهدم كلي أو جزئي فقط:

Rêq. 16 juil. 1889, s.1892.1.350 ; Civ1., 29 nov. 1960, Gaz. Pal.1961.1.268 cités par : Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., p.570, note(4).

وبالنسبة للعيوب التي تجعل البناء غير صالح للغرض المعد له، راجع:

Civ1, 5 janv.1960, Gaz. Pal.1960.1.189 cité par : Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 570, note(5).

2- كانت نصوص القانون المدني الفرنسي المتعلقة بمسؤولية المشيدين قبل تعديله بقانون رقم: 78-12 مؤرخ في: 04 جانفي 1978 تميز بخصوص الأضرار التي يشملها الضمان العشري بين الأعمال الكبيرة، وتتمثل في هيكل البناء ومكوناته الأساسية (الرئيسية)، والأشغال الصغيرة، والتي تخرج الأضرار المتعلقة بها من نطاق هذا الضمان الخاص. وإن كانت هذه التفرقة القديمة قد زالت بمجيء قانون 04 جانفي 1978 إلا أن الفقه لم يتخل عنها، راجع، أحمد عبد العال أبو قرين المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، مرجع سابق، ص 152.

كما أن قانون 4 جانفي 1978 أصبـــــــــح يعتمد في تحـــديد نطاق الأضرار التي يشملها الضمان العشري على معيــــــــار مخـــــتلف، وهو ضرورة التمييز بين أشغال البناء وعناصره التجهيزية. راجع، أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقــــاول والمهندس المعماري، نفس المرجع، ص 152.

3- أحمد عبد العال أبو قرين، نفس المرجع والصفحة.

ونعتقد بأن مثل هذا الاستنتاج صحيحا نسبيا، ولكن العبرة في الأضرار التي يشملها الضـــــمان العشـــــري المنصوص عليه بالمادة 554 من ق.م المقابلة للمادة 1792 من ق.م الفرنسي والمادة 651 من ق. م المصري ليس بمحلها، لأن البناء في الواقع هو مجموعة من العناصر المتماسكة فيما بينها، بحيث تشكل في مجموعها وحدة واحدة، وإنما العبرة بصفات هذه الأضرار، وما إذا كانت خفية وجسيمة.

وينتج عن عدم تحقق قدرا من الجسامة في العيب حتى يشمله الضمان العشري، أن العيوب الخفية التي تلحق الأشغال الكبيرة للمبنى، لكنها غير جسيمة، تكون مستبعدة من الضمان العشري، وبالمقابل، العيوب التي تلحـــــق الأشغال الصغيرة تكــــــون غالبا أقل جسامـــــــة، ومع ذلك تثير مسؤولية المشيدين[1]، وهذا الشذوذ لم يثـــــن بعض المعلقيـــــن[2] ولا الغرفة المدنيـــــة الأولـــى لمحكمة النقض الفرنسية التي قبلت بأن الضمان العشري لا يتطلب أن يكــــــون الخــــــلل ماسا بصلابـــــة المنشـــــــأة[3]، وذهبت محكمة النقض الفرنسية الغرفة الثالثة في نفس الدرب من خلال قرار مميز[4] الذي سلم بعيوب تلحق العمل الكبير، ثم أصبحت تستلزم أن يكون الخلل جسيما[5] حتى في ظل قانون 1967[6].

ومنـذ ذلك الحين، استقر هذا الاجتهاد الذي استبعد من مجال الضمان العشري الخلال التي يكــــــون محلها الأعمال الكبيرة، ولكنها لا تهدد متانة البنـــــاء أو تجعله غيـــر صـالح للغرض المعـــد

1- Boubli(B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1988) », op.cit, p. 3, col.1.

2- Boubli(B), Ibid., p.3, col.1.

3- civ1., 20 juin 1966, Bull. civ. I, n 375, p. 289 cité par: Boubli(B), Ibid., op.cit., p. 3, col 1.
4- Civ3., 28 févr. 1969, Bull. civ. III, n 180 cité par : Boubli(B), Ibid., p. 3, col 1.
5- Civ3., 9 déc. 1970, Bull. civ. III, n 682 cité par : Boubli(B), Ibid., p. 3, col 1.
6- Civ3., 16 mars. 1977, Bull. civ. III, n 126 cité par : Boubli(B), Ibid.

له[1]، وقد تم التخلي عن التفرقة السابقة بين الأعمال الكبيرة والأعمال الصغيرة بقانون 1978 الذي أجرى مفارقة على أساس الوظائف، وظيفة البنـــــــــاء التي تثيـــــــــــر الضـمان العشـري ووظيـفة التجهيز التـي تثيـر مبدئيا الضـمان الثنائي[2].

وحسب المادة 1792 مدني الجديدة، فإن طبيعة الضمان ومدته أصبحت متوقفتان على مسألة معرفة مكان ظهور الخلل، فإذا كانت المنشأة عبارة عن بناء، وانصب الخلل على عنصـــــــر تجهيـــــــــزي غيـــــــر قابل للانـــــــــــفصال يعرض متانته للخـــــــــطر، فإن الضمان يكـــــــــــون عشري، وعندما يعرض الخلل حسن تشغيل العنصر التجهيزي القابل للانفصال، فإن الضمان يكون ثنائي[3].

في الواقع، إن قانـون 1978 أعاد إحيـاء التفـرقة السابقـة بين الأشـغال الكبيـرة والصغيـرة تحـت شكـل آخـر، والحقيقة أن المعيـار الذي يسمح بالتفرقة بين العناصــــر القابلة للانـــــــــــفصـال والعناصـر غير القابلة لذلك، والتي تشبـه الأعمـــــــال الكبيـــــــــــرة، لا تغنـي عـن الرجـــــــــوع إلـى معيـــــــــار الاندماج أو الثبـات المكرس من طـرف مرسـوم 1967/12/22[4].

ولا يشمل نطاق الضمان العشري عدم مطابقة الأشغال للمواصفات المحددة في العقد، بل يشمل العيوب الناجمة عن الأخطاء التي تقع من المشيدين في عملية تنفيذ الأشغال فقط، أي الأعمـــال المعيبــة بسبب ســـــوء تشييدها[5] متـــــــى كانت هـذه

العيوب تكتسي قدرا من الخطورة والجسامة.

1- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 113.

2- Cass.civ1, 20 juin 1966, Bull. civ. III, n 375 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 94, note(1).

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., pp. 94, 95.

4- Boubli(B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1988), » op.cit., p.3, col.2.

5- راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 266.

وطالما كان الغرض من الضمان العشري تفادي وقوع النقائص في عمليات تشييد المباني والمنشآت الثابتة، فإن عيوب المطابقة تخرج من نطاق تطبيق الضمان العشري[1]، وبالتالي لا يمكن الإصلاح وفقا للضمان العشري عدم مطابقة المواد المستعملة في التسقيف مع النظام الداخلي للتحصيص[2].

ولكن إذا ترتب على عدم المطابقة خلل يكتسي درجة من الخطورة على النحو الذي تستلزمه المادة 554 من ق.م المقابلة للمادة 1792 مدني فرنسي، فإنه يثير تطبيق الضمان العشري[3] لأن العبرة بالخلل ومدى خطورته ولو كان نتيجة عدم المطابقة للمواصفات التعاقدية.

ب- خفاء العيب:

لما كان الضمان العشري يرمي إلى إصلاح الأضرار بمعنى الخلال أو العيوب التي تلحق المنشأة خلال العشر سنوات بعد استلامها، فإنه لا يمكن أن يشمل سوى الأضرار(الخلال) الخفية[4]، لأن الاستلام ينهي من دون شك أي مسؤولية

عـن العيـــــوب الظـاهرة[5]، وهـذا الشـــــــــرط وإن كان غيـر منصـوص عليـه قانونا إلا أن القضاء الفرنسي قد استلزمه[6] قياسا على أثر الاستلام على النحو المبين سابقا.

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 266.

2- Cass. civ3., 20 nov 1991, Bull. civ.III, 1991, n 278 cité par : Périnet- marquet(H), op.cit., p. 42.

3- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., p. 113.

4- Cass.civ1, 20 juin 1966, Bull. civ. III, n 375 cité par : Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., p. 94, note(1).

5- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), Ibid., pp. 94, 95.

6- Civ. 27 janvier. 1959, Bull.I, n 54 ; 20 juin.1966, Bull.I, n 375, 23 avr.1985, Re.Dr.Immob.1985.379 cités par : Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 838

وتكون العيوب ظاهرة إذا لم يكـــــن فـــــــــي وسع رب العمل أن يتجاهلها وقت معاينته للبنـــاء وتسلمه له[1]، إذ تجـدر الإشارة أن بعض الفقـه التقليدي في فرنسا كان يرى بأن القواعد الاستثنائية للمادتين 1792 و 2270 مدنـي فرنسـي، تطبـق علـى العيـوب سـواء كانت خفيـة أو ظاهـرة، لأن هاتيـن المادتيـن لـم تتضـمن أية تفرقـة[2].

وبعبارة أخرى، يكون العيب خفيا إذا كان غير قابل للكشف عنه عند الاستلام من طرف شخص غير خبير(جاهل)[3].

إن العيوب الخفية هي العيوب التي لا تظهر عادة وقت تسلم المبنى من رب العمل، لأن ظهورها يتطلب فترة من الزمن، إذ لا يمكـن كشفها وقـت الاستـلام حتى ولو بذل رب العـمل فـي فحص المنشـأة عنايـة الرجـل العادي.

وعلى ذلك، لا يلتزم المقاول إلا بضمان العيوب الخفية بالمبنى[4]، أما العيوب الظاهرة فلا يتحملها المقاول، لأنها تزال وتمحى بمجرد الاستلام ما لم يتم التحفظ عليها في محضر الاستلام[5]، لأن العيوب غير المتحفظ عليها يصبح إصلاحها مستحيلا[6]، وزيادة عن ذلك إذا كانت هذه التحفظات قد أعلن عنها، فإن ضمان تمام الإنجاز هو وحده الذي يكون قابلا للتطبيق، ومن ثم، فإن الضمان العشري يكون إذن مستبعدا بالنسبة للخلال الظاهرة سواء تم التحفظ عليها أم لا[7].

1- أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 47.

2- V. Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : principaux contrats, op.cit, p. 572.

3- Cass.civ.3, 10 janvier 1990, Rev.Dr.Immob. 1990.215 à propos d'une erreur d'implantation cité par : Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 838.

4- أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 47.

5- راجع فيما يتعلق بأثر الاستلام على ضمان المقاول للعيوب الظاهرة بالمبنى، ص 233 وما بعدها من هذه الأطروحة.

6- Périnet-Marquet(H), op.cit., pp. 26, 43.

7- Ibid, p. 43.

ولكن هناك استثناء إذا كان الخلل المتحفظ عليه غير ظاهر كلية، فإن الضمان العشري في الواقع يستعيد نفوذه عندما تكون آثار الضرر غير ظاهرة أثناء الاستلام من حيث حجمها ونتائجها[1]، ونفس الشيء بالنسبة للخلال غير المتحفظ عليها، والتي يكون بروزها ظاهرا فقط، لكن أسبابها و/أو نتائجها لا تكون معروفة أثناء الاستلام[2]، وفي هذا السياق يقرر الفقه والقضاء المصري أنه يكفي لقيام الضمان تحقق العيب الموجب له خلال مدة الضمان حتى وإن لم تتبين آثاره إلا بعد انقضائها[3].

ومما لا شك فيه، أن شرط خفاء العيب في البناء وقت تسلمه من رب العمل أمرا لا يحتاج إلى تقريره بنص قانوني، فهو شرط ضروري لقيام الضمان العشري المنصوص عليه بالمادة 554 مدني وإلا ما كان المشرع ينص على بقاء التزام المقاول والمهندس المعماري بضمان جودة المباني المنجزة مدة معينة بعد الاستلام النهائي لها.

ويرجع في تقدير ظهور العيب من عدمه إلى معيار الرجل العادي(4)، ولكن يجب أن نأخذ هنا بما انتهى إليه القضاء الفرنسي لمعنى الظهور(المعيار الضيق)، أي يجب أن يكون العيب ظاهرا من حيث حجمه وآثاره، وهو المعيار الذي اعتمده القضاء المصري كذلك.

1- Cass.civ3, 12 oct. 1994, Bull., III, n 172 cité par : Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 43.

2- Périnet-Marquet(H), Ibid., p. 43.

3- أنظر، سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على بائع العقار ومشيدي البنـــــاء(المقاولين والمهندسين)، مرجع سابق، ص 23.

4- راجع حول معيار خفاء العيب، ص 227 من هذه الأطروحة.

المطلـب الثـانـــي:

أطـــــراف الضـــــــــمان العــــــشري

للضـمان العشـري علـى غـرار أي حـق شخصـي طـرفان، دائن ومدين، وإذا كـان القانـون المدنـــــــــي قـــد حـــــــــــــدد صراحـــــــة الأشخاص المدينين بالضمان العشري، وهمـــــــا: المهندس المعمـاري والمقـاول

حسـب المـادة 554، فإنه لم يحدد بشكل صريح الدائن بهذا الضمان، كما فعل مع المدنيين به، وهذا بخلاف قانون التأمينات رقم: 95-07 الذي نص صراحة في المادة 178 منه، على أن الدائن بأحكام الضمان العشري هو صـاحب المشـروع (المنشأة) أو ملاكيه المتتاليين[1].

وعلى عكس المادة 554 من القانون المدني التي حصرت المدينين بالضمان العشري في المهندس المعماري والمقاول، فإن المادة 178 من قانون التأمينات، قد أضافت إلى هاذين الشخصين متدخلا آخر، وهو: المراقب الفني[2]، بل ويجوز حسب المادة 46 من قانون 11-04 المنظم لنشاط الترقية العقارية، مساءلة كل شخص متدخل في عملية البناء يرتبط مباشرة مع صاحب المشروع بعقد[3].

كما أضاف قانون الترقية العقارية السابق[4] والحالي[5] إلى جانب هؤلاء الأخيرين المرقي العقاري.

وعليـــــــــة، نبدأ الكلام عن المدينين بالضمان (**الفـرع الأول**)، فالدائنين به (**الفـرع الثانـي**).

1- راجع المادة 178 فقرة 2 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

2- راجع الفقرة الأولى من المادة 178 من نفس الأمر.

3- " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين **لهم صلة** بصاحب المشروع من خلال **عقد**..".

4- راجع الفقرة 4 من المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري الملغى، المذكور آنفا.

5- راجع الفقرة 3 من المادة 26 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

الفرع الأول: الملتـزم بالضـمان العـشري:

يمكن تحديد قائمة الأشخاص الخاضعين للضمان العشري من خلال نص المـادة 554 من القانـون المدنـي وما بعدها، والتي ألزمت المقاول والمهندس المعمـاري متضامنين بضـمان متانة المبانـي وخلوها من العـيوب التي تهدد أمنها واستقرارها، ويلزم بالضمان العشري أيضا، المراقب الفنـي حسب المادة 178 فقرة 2 من قانون التأمينـات، والمرقـي العقاري حسب المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04 المنظم لنشاط الترقية العقارية، آنف ذكرهما.

وإذا كانت المادة 554 من القانون المدني، قد جعلت المقاول والمهندس المعماري الشخصين الوحيدين المسؤولين بالضمان العشري، فإن المـادة 46 مـن قانون: 11-04 قـد حـددت الأشخاص الملزمين بالضمان العشري على سبيل المثال، وهم: مكاتب الدراسات والمقاولين والمراقب الفني، وكل شخص آخر متدخل بموجب عقد مبرم مع صاحب المشروع.

ومن الأهمية بمكان أن الشخص الذي يلزم بالضمان العشري يشترط فيه أن يكون مرتبطا مع رب العمل بعقـد مقاولة[1]، وعليه، لا يكفي في الشخص حتى يمكن مساءلته وفقا للضـــمان العشري أن يكون مقاولا أو مهندسا معماريا أو مراقبا فنيا، وإنما يشترط أيضا أن يكـون تدخله في عملية البناء بناء على عقد مقاولة مبرم مع رب العمل[2]، وهذا الشرط يستلزمه الفقه في مصر[3] وفرنسا[4]، وأكدته محكمة النقض المصرية في أكثر من قضية [5].

1- كان قانون رقم: 86-07، مؤرخ في: 4 مارس 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ملغى، يشترط في المادة 41 فقرة أولى منه في الشخص حتى يمكن مساءلته بالضمان العشري أن يكون مرتبطا مع صاحب الأشغال بعقد إيجار العمل أي بعقد مقاولة.

2- غني عن البيان أن المادة 46 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية لا تشترط في الملتزم بالضمان العشري أن يكون مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاولة، بل تشترط فقط لإمكان مساءلة الشخص بالضمان العشري أن يكون متدخلا في عملية البناء بموجب عقد سواء كان عقد مقاولة أو عقدا آخر كالبيع.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 108. راجع أيضا، عمرو طه بدوي محمد علي مرجـع سابق، ص 211 وما بعدها، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 116.

4- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : principaux contrats, op.cit., p. 569.

5- راجع الأحكام المشار إليها في: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 212 وما بعدها.

وهكذا، فإن تطبيـق الضـمان العشـري يقتضي وجوبا وجـود عقـد مقـاولة يربط الشخص المراد مساءلتـه برب العمل وليس بشخص آخر ولو كان متدخلا في عملية البناء[1]، ومع ذلك لم ينص القانون المدني على هذا الشرط بالمادة 554 وما بعدها، ولعل ذلك يرجـع إلـى كونه شرطا بديهـيا يجـب توافـره ولو لم يتم النص عليه صراحة.

ولاشك أن تنظيم موضوع المسؤولية العشرية من طرف المشرع بالمادة 554 من القانون المدني وما بعدها ضمن أحكـام عقـد المقـاولة بالمـادة 549 وما يليها من نفس القانون، يعد في حد ذاته دليلا كافيا على وجوب توافر هذا الشرط ولو بصورة ضمنية[2]، كما أن القانـون المدنـي الفرنسي لم ينص صراحـة علـى شـرط ارتبـاط المهنـي المراد مساءلتـه بالضـمان العشري بعقد مقاولة مع رب العمل[3].

وهكذا، فإن رجوع رب العمل على المهنيين المتدخلين في عملية البناء دون وجـود رباط تعاقدي يجمعـه بهم يكون على أساس تقصيري، كما لا تطبـق المسؤوليـة العشرية علـى المهندس أو علـى مهندس معماري استمـد مشاركته من المقاول[4]، وهذا هو وضـع المقـاول الفرعـي الذي لا يرتبط مع رب العمل بأي عقـد مهما كانت طبيعته، لذا فإن مسؤوليتـــــه لا يمكـــــن أن تخــــضع

1- Cass. civ3, 11 fév.1987, arrêt n 304 cité par : Liet-Veaux(G), J.-C., Construction, Fasc.203-1, 1990, p. 20, n 208.

2- في معنى قريب من هذا، راجع، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 211، 212.

3- لقد نص القانون المدني الفرنسي على هذين الشرطين صراحـة بالمـادة 1/1792 التـي ألزمـت بعد أن ذكرت بعض الأشخاص الملزميـن بالضـمان العشري كل شخص يتدخل في البناء بواسطة عقد إيجار العمل الذي يربطه مباشرة برب العمل وبالتالي يجب في القانون الفرنسـي أن يكـون المهنـي المراد مساءلته بالضمان مرتبطا مع رب العمل وليس مع شخص آخر بعقد إيجار العمل وليس بعقد آخر.

V. Moderne(F), « L'existence d'un lien contractuel comme condition de mise en jeu de la responsabilité décennale des constructeurs en droit administratif », Quot. Jur. 10 sept. 1988, p. 2 s.- Dans le même sens, Cons. D'Etat 12 mai 1989, Départ. Du Puy-de –Dôme : Dr. Adm. 1989, n. 334 cité par : Liet-veaux(G), J.-cl., Construction, Fasc. 203-1, 1990, n. 213, p. 21.

4- Liet-Veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, p. 20, n 208, p. 20.

لأحكام الضمان العشري[1].

وعليه نبدأ بالمدينين بالضمان العشري في القانون المدني**(أولا)**، ثم في القوانين الخاصة**(ثانيا)**.

أولا: المدينين بالضـمان العشـري فـي القانـون المدنـي:

لقد حصـرت المادة 554 من القانـون المدنـي الأشخاص الملزميـن بالضـمان العشـري فـي المهندس المعماري والمقاول دون المتدخلين الآخرين في عملية البناء، على عكس ما نصت عليه المادة 1792[2] من القانون المدني الفرنسي التي ألقت بالمسؤولية العشرية على عاتق كل شخص يشـارك فـي تشييـد المنشأة بناء علـى عقد إيجار العمل يربطه برب العمل[3]، وقد كان الاجتهاد القضائي الفرنسي قد وضع مبدءا شكليا مقتضاه أن الضمان العشري يلزم كل الأشخاص الذين يتمتعون بصفة المهني سواء قاموا بتصميم أو توجيه أو تنفيذ الأشغال[4].

أ- المهنـدس المعمـاري:

لاشك أن المهندس المعماري يعتبر من الأشخاص الملزمين قانونا بالضمان العشري استنادا لأحكام المادة 554 من القانون المدني، ولكن هل يسأل دائما بصفة شخصية؟

يسأل المهندس المعماري في معظم الأحيان بهذه الصفة، كما يسأل كـــــــــذلك بصفته أجيـــرا(تابعا)

1- Liet-Veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.201-60, 1998, n 51, p. 6.

بالنسبة لاستبعاد المقاول الفرعي من المسؤولية عن الضمان العشري، راجع المادة 554 فقرة 3 من ق.م.

2- « Est constructeur toute personne qui concours … ».

3- تقترب صياغة المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي من صياغة المادة 41 من قانون الترقية العقارية رقم: 86-07 الملغى، التي كانت تحمل المهندسين المعماريين والمقاولين وباقي الأشخاص الآخرين المرتبطين مع صاحب المشروع بعقد إيجار العمل المسؤولية العشرية المنصوص عليها بالمادة 554 من القانون المدني، كما تقترب من صياغة نص المادة 46 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي تلقي بالمسؤوليـــــة العشرية على مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد.

4- Liet-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n. 214, p. 21.

(تابعا) أو موظفـا[1] علـى الأقل إذا لم يتدخـــل كعون عمومـــــــي[2]، ويتحـــــــمل المهندس المعماري الذي كلف شخصيا بإدارة الأشغال المسؤولية العشرية حتى ولو تدخل فضلا عن ذلك كمفتش تابع لمؤسسة ائتمان[3].

وبالرجوع إلى أحكام المادة 19 فقرة أولى من المرسوم التشريعـي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و بممارسة مهنة المهندس المعماري يتضـح بأن المسؤولية العشريـة للمهندس المعماري غير مرتبطة بالصفة التي تكون له عند القيام بمهامه، إذ يجـوز له أن يمارس مهنتـه بشكـل حر أو بصفته أجيرا أو بصفته شريكا.

ولكن المهندس المعماري الذي يمارس نشاطه المهني بصفته شريكا لا تقوم مسؤوليتـه بصفـة شخصيـة، و إنما تثار مسؤولية الشركة على الأقل عندما تأخذ شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة غير مسماة[4].

ويخضع لمسؤولية المهندس المعماري المهندسين المدنيين Les ingénieurs الذين يشاركون في تشييد العقار إذا أبرموا مع المالك عقد مقاولة[5]، وذلك على الرغم من أن المادة 554 من القانون المدني المقابلة للمادة 1792-1 من القانون المدني الفرنسي قد خصت بالذكر المهندس المعماري Architecte دون المهندس المدني Ingénieur .

و لكن هل يمكن مساءلة الشخص وفقا لأحكام الضمان العشري و لو لم يكن متمتعا

1-Cons. D'Etat 28 fév. 1941, Débat : Lebon, p. 27 cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 221, p. 21.

2- Cons. D'Etat 15 mai 1953, Cne de Nogent-sur-Marne : A.J.T. 1954, II, 56 cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 221, p. 21.

3- Cass. Civ3, 22 mars 1968 : Bull. civ. III, n. 124 cité par : (G) Liet-Veaux, J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 223, p. 21.

4- Liet-Veaux(G), J.-cl., Construction, Fasc.203-1, 1990, n 224, p. 22.

5- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., p.569.

بصفة مهندس معماري؟

اختلف الفقه حول هذه المسألة، حيث اشترط البعض لإمكان مساءلة الشخص بالضمان العشري أن يكون حاملا لمؤهل علمي في الهندسة المعمارية(**الاتجاه المضيق**)، في حين اكتفى البعض الآخر بمزاولة الشخص لنشاط المهندس المعماري فحسب(**الاتجاه الموسع**) ولو لم يكن لديه أي مؤهل في الهندسة المعمارية.

1- الاتجـاه الموسـع:

إن العبرة فـي تقرير المسؤولية عن الضمان العشري وفقا لهذا التصور ليس بالسند الذي يحمله الشخص بل بالمهمة التي يمارسها[1].

وبناء على ذلك، يتحـــــمل المهندس Ingénieur الضمان العشري إذا تصـور التصاميم ووضع الحسابات، أو وجه الأشغال، متصرفا بشكل حر وكأن له صفة المهندس المعماري[2].

ويميل الفقه في مصر إلى الأخذ بهذا التصور الواسـع، حيـث يرى بأن المهندس المعمـاري الخاضـــــع لأحكـــــــــــــــــام الضمان العشري هو أي شخص يعهد إليه رب العمـل بوضـــــــــــــع التصميـــــــــــــم أو الإشراف على التنفيـذ ولو لم يكـن يحمل أي مؤهل علمـي، وبصـرف النـــــظر عـن تخصصـه أو احتـرافه فـي هـذا المجـال[3]، ولا يمكـن التـهرب أو الإفلات مـن الخضـوع لأحكـام الضـمان العشـري بحجـة انعـدام المؤهل العلمـي أو عـدم التخصص الفنـي أو المهني[4]، بل ذهب أحدهم إلى أن الشخــــــص الذي يضـــــــع الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامـــــــــة بناء، ويشرف على تنفيذها، يعتبر فـي حكم المادة 651 من القانون المدنـي المصـري المقـابلة للمادة 554 من

1- Liet-Veaux-(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 225, p. 22.

2- Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 228, p. 22.

3- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 145.

4- نفس المرجع والصفحة.

القانـون المدنـي جزائري مهندسا معماريا[1]، ويكون بالتالي ملتزما بالضمان[2]، لأن العبرة ليست بالصفة القانونية للمهندس المعماري، بل بطبيعة الأعمال التي يقوم بها[3]، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه في كثير من قراراته، نذكر منها ما يلي:

اعتبر القضاء الفرنسي Décorateur مسؤولا بالضمان العشري، لأنه قام بمهام المهندس المعماري[4]، كما حمل هذا القضاء كذلك تقني في البنـــاء المسؤوليـــــة العشريـــة بذات الصفة تماما، لأنه مارس مهاما مشابهة لمهام المهندس المعماري[5]، كما أخضع للضـمان العشـري كذلك المهندس المستشـار Ingénieur-conseil في عدة قرارات.

ولا تثور مسؤوليـة المهندس المعمـاري الذي يتمثّل فحسب بتقـديم رأي[6]. وتميـز محكـمة النقض الفرنسيـة بالنسبـة للمهندس المعمـاري الخبيـر بين مهمتين، الأولـى تعتـمد على تقـديم العناصـر الضرورية لحـل النـزاع، والأخرى تعتمد على رقابة الأشغال كأي رجل فن[7].

2- الاتجـاه المضيـق:

يرى أنصـاره من الفقه الفرنسـي أن المهندس الملزم بالضمان العشري هو المهندس المعمـاري

1- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 157.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 109.

3- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 157.

4- Cass. Civ3., 10 juin 1971 : J.C.P. 71, éd. G, IV, 192 ; Bull. civ. III, n. 368.- 6 fév. 1974, Salmona: Bull. Civ. III, n.59 cités par: Liet-Veaux(G), J.-Cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 226, p. 22.

5- Cass.civ3, 10 déc.1996: Bull. civ. III, n. 806; J.C.P.70, éd. G, IV, 30 cité par : Liet-veaux(G), J.-cl, Construction, Fas.203-1, 1990, n 233, p. 22.

6- Cass. Civ., 8 mars 1949 : Bull. civ. n. 87 ; J.C.P. 49, II, 4826 Cité par : Liet-veaux(G), J.-cl, Construction, Fas.203-1, 1990, n 233, p. 22.

7- Cass. Req. 2 déc. 1930 : Sem. Jur. 1931, p.138 cité par : Liet-veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 234, p. 22.

وليس أي مهندس آخر، كما ذهب إلى ذلك أصحاب الاتجاه الموسع. وعلى ذلك، يشترط أن يكون المهندس الذي يتحمل الضمان العشري حاصلا على دبلوم في الهندسة المعمارية، أو على شهادة معادلة، وأن يكون متعمدا أي مسجلا بجدول نقابة المهندسين المعماريين(1).

ويرى البعض الآخر، أنه يكفـي حتى يسأل المهندس بالضـمان العشري أن يكون تخصصـه له علـى الأقـل علاقة بفن البناء كالمهندس المدني.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فيظهر من نص المادة 554 مدني وما بعدها، أنه يأخذ بالمعنى الضيق، طالما أنه أضاف إلى كلمة " المهندس " صفة " المعماري " تمييزا له عما سـواه من المهندسين، أي أنه خص بالذكـر المهندس المعماري Architecte دون غيره.

وتجدر الملاحظة هنا أن صاحب العمل Maitre d'oeuvre يمكن أن يكون على الخصوص مهندسا معماريا أو مكتب دراسات مخـتص أو متـــــعدد الاختصاصات معتمدا طبقا للتشريـــــــع الساري المفعول(2).

ويعتبر صاحب العمل مسؤلا بالتضامن(3) مع المقاول حسب المادة 22 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1985 المذكور أعلاه، وهذه المادة تحيل على المادة 554 من القانون المدني.

كما ألزمت المادة 178 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، المهندسين المعماريين أن يكتتبـــــــــــوا عقـــــــدا لتأميـــــن مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليـــــــها بالمــــــادة 554 من

- -

- -

1- لا يكفي لمزاولة مهنة المهندس المعماري أن يكون الشخص حاصلا على مؤهل علمي في الهندسة المعمارية، بل يجب أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين أيضا. راجع المادة 19 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المذكور سابقا.

2- راجع المادة 3 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 11985، يتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

3- لقد فرضت المادة 554 من ق. م التضامن بين المهندس المعماري والمقاول عن الضمان العشري، نظرا لارتباط مهامهما بعضها ببعض لاسيما ما تعلق منها بالتزام المهندس المعماري بالرقابة على التنفيذ.

القانون المدني، مما يعنى أيضا أن المهندس الذي يمكن مساءلته طبقا لأحكام الضمان العشري هو المهندس المعماري.

ويجب أن ننوه في هذا الإطار إلى ظاهرة الاعتداء الذي طال مهنة الهندسة المعمارية حيث أصبحت هذه المهنة تمارس من طرف أشخاص ليست لديهم دراية تامة بهذا الفرع من العلوم الهندسية، كما أن إنشاء تخصص الهندسة المعمارية في بعض مراكز التكوين المهني يعتبر أحد الأسباب التي جعلت مهنة المهندس المعماري عرضة للاعتداء، إذ بات خريجوا هذه المراكز يمارسون مهاما هـــــــي في الحـــقيقة ليست من اختصاصاتهم، لأن ممارستها يتطلب معارف علميـــــة وتقنية دقيقة وجد متطورة، لا يمكن الإلمام بها إلا بعد خمس سنوات من الدراسة الجامعية، فضلا عن خضوع المعني لتربص[1].

وفي ظل هذه المعطيات لايسعنا إلا أن نسلم بما ذهب إليه أنصار الاتجاه الموسع بضرورة إخضاع كل شخص يقوم بمهام المهندس المعماري للالتزام بالضمان العشري ولو لم يكن حاصلا على أي مؤهل علمي في الهندسة المعمارية، وذلك على الرغم من عدم قانونية هذا الحل.

كما يجب لأجـــل محاربة هذه الظاهرة التـــــــــي أصبحت تهدد مستقبل مهنـــــــة الهندسة المعمارية وتطورها في بلادنا، إلزام كل شخص يرغب في تشييد

بناية أن يلجأ إلى متخصص في هذا المجال، وفي هذا الصدد أقر المشرع مبدأ التدخل الإلزامي للمهندس المعمـــــاري[2]، حيث قيد الحق في البناء بالحصول على رخصة، وهذه الأخيرة لا يمكن الحصول عليها ما لم يتضمن ملف طلب رخصة البناء تصميم هندسي يحمل تأشيرة مهندس معماري معتمد.

1- راجع المادة 17 نطة 1 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07، المؤرخ في: 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

2- راجع المادة 55 فقرة أولى من قانون رقم: 04-05، يعدل ويتمم قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، مذكور آنفا.

ولكن يبقي تطبيق هذا المبدأ قاصرا على المباني التي يراد تشييدها على أراض لها سندات ملكية، مما يعنـي أن البناء غير الشرعي لا يمكن أن يشمله المبدأ المذكور، وبالتالي يمكن لصاحبه أن يعتمد في تصميم منزله على أي شخص غير المهندس المعماري.

كما يلزم بالضمان العشري أيضا، المهندس المدني[1] إذا شارك قانونا إلى جانب المهندس المعماري في تشييد المنشأة، لذلك نجد المشرع قد نص في المادة 55 فقرة أولى من قانون 04-05 المعدل والمتمم لقانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، على أن وضع مشروع إنجاز بناية، يجب أن يحمل فضلا عن تأشيرة مهندس معماري معتمد تأشيرة مهندس مدني معتمد أيضا، حيث يكلف هذا الأخير بوضع الدراسة التقنية للمشرع، بينما ينفرد المهندس المعماري بإعداد دراسته الهندسية.

ب- مقـاول البنـاء:

يلتزم المقاول بالضمان العشري سواء قام بتنفيذ الأشغال بنفسه أو بواسطة غيره، كالمقاول الفرعي الذي يلتـزم المقـاول الأصلـي بضـمان ما أنجـزه من أعمال تجـاه رب العمل[2]، كما لو كانت قد صدرت منه شخصيا.

ولكـــــن لا يطبق الضـمان العشـري علـى الأجـــــــــــــــــراء الذين أبرموا مع رب العمل عقــــــــــــد عمل وليس عقد مقاولـة[3]، وإذا كان المقـاول يقـوم بالتنفيـذ بإشراف رب العمل ورقابته، فإننا لا نكون بصدد عقـد مقـاولة، بل عقـد عمـل، وبالتالي لا ينشأ عنه التزام بالضمان العشري[4].

ولا يمكن إدخال في فئة المشيدين لا المقاول الفرعـــــــي، ولا التقنيين الذين يتــــــعاقد معهم أحـــــــد

1- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : principaux contrats, op.cit., p.569.

2- راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 154.

3- Mazeaud (H et L.J), Leçons de droit civil : principaux contrats, op.cit., p. 569.

4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 153.

مؤجري العمل لحسابه الخاص[1]، ولا يتحــــمل المقاول الفرعـــــي الضـــــمان العشـري تجــــــاه رب العمل[2]لعدم وجـود رباط تعاقـدي يربطـه برب العمل[3]، وبالمقابل لا يمكن للمقاول الفرعـي أن يتمسك بانقضاء أجل التقـادم القصير للمادة 2270[4]، فالالتزامات التي يتحملها المقاول الفرعي تجاه المقاول الأصلي تخـــــــــــــــــضع للتقادم في القانون العام أي التــــــــــــقادم الطويل[5]، لهذا من غير المهم أن تكون دعوى الضمان ضد المقاول الفرعي قد رفعت لأكثر من عشر سنوات بعد استلام المنشآت بدون تحفظ[6].

ولكن إذا أدين المقاول الأصلي بالتعويض على أساس الضمان العشري، فهل يجـوز له الرجـوع ضد المقـاول الفرعي إذا كان هو المسؤول الحقيقي حتى لو افترضنا أن استلام الأشغال قد تم إعلانه؟

لقد أعطـى الاجتـهاد القضائـي ردا ايجابيا بغض النظر عن أن المقـاول الفرعـي لا يكون ملتزما بأية مسؤوليـة عشرية[7]، مؤسسا قضاءه في نفس الوقت على الالتزام بالنصـ ـ ـح والالتـ ـ ـزام بنتيجـ ـ ـ ـ ـ ـة

1- Costa (J.-L), op.cit., p. 38, col.2.

2- Cass. civ3, 12 déc. 1968 : Bull. civ. III, n. 545- 24 avril 1985, arrêt n. 590.- 25 juin 1985 : Bull. civ. III, n. 102 ; 20 juin 1989 : Bull. civ. III, n. 146 cités par : Liet-Veaux(G), J.-C., Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 210, p. 21.

راجع أيضا موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 164.

3- Liet-Veaux (G), J.CL, Construction, Fasc.201-60, 1998, n 3, p.2.- Voir aussi dans le même sens, Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Contrats spéciaux, op.cit., p. 569.

راجع بالنسبة للفقه المصري، إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: عقد المقاولة(فقها وقضاء)، مرجع سابق، ص 50.

4- Cass. civ3, 25 juin 1985 : Bull. civ. III, n. 102 cité par : Liet-Veaux(G), J.-cl. Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 210, p.21.

5- Liet-Veaux(G), J.-CL., Construction, Fasc.201-60, 1998, n 20, p.4.

6- Cass.civ3., 20 déc. 1982: Rev.Dr.Immob. 1983, p.245.- 13 juin 1990 : Bull.civ.III, n 145 cités par : (G) Liet-Veaux, J.-CL, Construction, Fasc.201-60, 1998, n 20, p.4.

7- En se sens, Cass.civ3., 8 juill. 1975, Bull.civ. III, n 247 Cité par : Liet-Veaux(G), J.-CL, Construction, Fasc.201-60, 1998, n 24, p.4.

اللذان يثقـلان المقاول الفرعـي، مما يدل على أن هاذين الالتزامين لا يختلطان ببعضهما، وقد تم تأكيد هذا القضاء بقرار 23 نوفمبر 1983 [1].

والرجوع بالضمان يمكن أن يحصل من طرف المقاول الأصلـي ضـد المقـاول الفرعـي حتـى بعـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـد إدانـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة الأول من طـ ـ ـ ـ ـ ـرف محكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـمـة إداريـة[2]، وفـ ـ ـي هـ ـ ـ ـذه الحـ ـ ـ ـ ـ ـالة،

القـــــــــواعد الموضــــــوعيـة والاختصاص تكون خاضعة للقانون والقضاء الخاص[3].

ولا يمكن للمقاولين العامين التمسك بأحكام الضمان العشري ضد المقاولين الفرعييـن الذين_أنابوهم، فالقانـون أراد أن يشمل بالحــــــماية المالك وليس المقاول الأصلي الذي يعتبــــــــر تقنــــــــي[4] زيادة عن ذلك ولسبب قوي لا تطبق أحكام المادتين 1792، 2270 من القانون المدنـي المتعلقتان بالضـمان العشـري فـي علاقات المقاوليـن الفرعييـن مع المالك لغيـاب الرباط القانونـي إذا كان العيب ناتجـا عن خطأ المقـاول الفرعـي، لأنه يكـون بالنسبـة لرب العمل كأنه صـدر من المقـاول نفسه، فهو وحده من تعاقد مع رب العمل[5].

إذن ليس هناك مجـال لتطبيـق المسؤوليـة العشرية فيما بين المقـاول الفرعـي والمقـاول، لأنه لا يشـارك فـي تشييد المنشأة بمفهوم المادة 1792 وما يليها[6]، المقابلة للمادة 554 من ق.م.

ونتساءل عن وضع المقاول الذي يقوم ببيع بنـــــــاء بعد تمـــــــام إنجـــــــازه، هل يتحـــــمل الضـــــــمان

1- Cass.civ3, 23 nov.1983 : Bull.civ.III, n 240 Cité par : Liet-Veaux(G), J-CL, Construction, Fasc.201-60,1998, n 24, p.

2- Cass. civ3, 17 mars 1975 : Bull.civ.III, n81 cité par : Liet-Veaux(G), J.-CL, Construction, Fasc.201-60, 1998, n 26, p.4.

3- V. Les arrêts cités par : Liet-Veaux(G), J.-CL, Construction, Fasc.201-60, 1998, n 5, p.2.

4- Req.12 févr. 1868, D. 1868.1.502 cité par : Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux Contrats, op.cit., p. 569, note(3).

5- Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 569.

6- راجع بخصوص مقاولة تطيين: Cass.civ3., 5 fév. 1985, Bull. civ.III, n21, Enterprise de ravalement

المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني؟

لا يتحمل المقاولون الذين يقومون ببيع السكنات بعد تمام إنجازها، الالتزام بالضمان العشري، لأنهم لا يرتبطون مع عملائهم بواسطة عقد إيجار عمل[1]. وعموما، إن الشخص الذي يقيم بناء بمواد من عنده على أرض مملوكة له، ثم يبيعه، فلا يلتزم بالضمان العشري لكونه بائعا وليس مقاولا[2].

ومع ذلك، نص القانون المدني الفرنسي صراحة بالمادة 1792 فقرة 2 من قانون رقم: 78-12 يتعلق بالتأمين الإجباري والمسؤولية في مجال البناء، على خضوع البائع الذي يقوم بالبناء لأجل البيع لقرينة المسؤولية العشرية سواء قام بالبناء بنفسه أو بواسطة محترفي البناء[3].

ولكن يمكن للمقاول أن يمنح بالاتفاق الضمان العشري، رغم عدم وجود أي عقد مقاولة بين ملاك الشقق والشركة التي تعاقدوا معها[4].

ولا يخضع البائع الباني في القانون الجزائري للضمان العشري، نظر لعدم وجود عقد إيجار العمل (مقاولة) يربطه بالمشتري، ولكن نرى أنه من الضروري إخضاعه للضمان

1- Liet-Veaux(G), Juris-Classeur, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n 241, p. 23.

2- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., pp. 195, 196.

راجع كذلك، محمد لبيب شنب ، مرجع سابق، ص 159، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 216 وما بعدها.

3- كان المقاول البائع للعقارات المنتهية يشبهه القانون القديم الصادر في: 1 مارس 1963 ببائع العقارات، وبالتالي لم يكن مسؤولا على أساس المواد: 1792 ، 2270 ق.م ف. راجع:

Cass. civ3, 7 mai 1971 : Bull. civ. III, n. 286.- 11déc. 1973 : Bull. civ. III, n. 619 ; 19 janv. 1977 : Bull. civ. III, n. 28 ; 9 nov. 1977 : Bull. civ. III, n. 379.- 20 mars 1978 : Bull. civ. III, n. 127.- 26 fév. 1980: Bull. civ. III, n. 47.- 28 avril 1982 : Gaz. Pal. 1985, 2, pan. Jur. 295 cités par : Liet-Veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, p. 23, n. 241.

4- Cass.civ1., 13 nov. 1967, D.S.1968, 257, note R. Saint-Alary cité par: Liet-Veaux(G), Juris.Cl., Construction, Fasc.203-1, 1990, p. 23, n. 242.

العشري ولو لم يتوافر هذا الشرط[1]، اقتـفاء بموقف القانون الفرنسي الذي أقر في المادة 1792-2 من القانون المدنـي بأنه يعتبـر مشيـدا لمنشـأة، كل شخص يقوم ببيع منشأة بعد إنجازها سواء شيدها بنفسه أو تولى تشييدها بواسطة شخص آخر، ولأن عمليات بيع المباني بعد إنجازها، انتشرت بكثرة في مجتمعنا في الآونة الأخيرة، نظرا لما يحققه المزاولون لها من أرباح طائلة، فضلا عن اعتبارات أخرى[2]، وذلك على الرغم من الصعوبات المختلفة التي تنجم عن اعتماد هذا الحل[3].

ولا يبدأ سريان أجل الضـمان العشـري فـي هذه الحالة من يوم البيـع وإنما من وقت الانتـهاء من إنجـاز المنشأة، لأن المقاول الذي يبني لحسابه الخاص من غيـر الممكـن تصـور استـلامه للأشـغال منـه هـو شخصيا[4].

وعلـى أي حـال، لا يباشر المشتـري ضـمان عشـري حقيقـي، وإنما ضمان قابل إعماله خلال الأجل الذي يبدأ سريانه خـلال العشر سنوات التالية لإنجـاز العقار. إن هذه النتيجة الشاذة للنص الجديد(م. 1792-2 ق.م.ف) كانت موضوع نظر من قبل السادة Philippe Malinvaud et Jestaz [5].

ثانيـا: المدنين بالضـمان العشـري بمقتضـى نصـوص خاصـة:

يخضـــــع أيضا كـــما سبق الذكـر، للضـمان العشري فـــــــي القانون الجـــزائري، المراقب الفنـــــــي[6]

1- لم يعد عقـد المقـاولة شرطا أوليـا ضروريا لتطبيـق الضـمان العشـري حسب المادة 46 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي لا تشترط سوى وجود عقد مبرم مباشرة مع رب العمل.

2- راجع في مبررات إخضاع البائع الباني لأحكام الضمان العشري: عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 218، 219.

3- Liet-Veux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n.244, p. 23

4- Liet-Veux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n.245, p. 23.

5- Liet-Veux(G), J.-cl, 5- J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n.245. p. 23.

6- راجع المادة 178 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

والمرقي العقـاري[1]، مع أنهما لا يتدخلان ماديا في عملية البنـاء، حيث يكـــــــون دور المراقب وقائيا بامتياز ضد احتمالات انهيار البنايات والوقاية من النقائص في هذا المجـــــال، بينما ينحــــــصر دور المرقي في المبادرة بعملية البناء وإدارتها من مختلف الجوانب.

أ- المراقب الفنـي: Contrôleur technique

يشكل المراقبون الفنيون فئة مهنية جديدة[2] نسبيا، حيث يرجع تاريخ ظهورها إلى عام 1929 بفرنسا على إثـر الانهيارات التي حدثت آنذاك في بعض الميادين[3]. وقد ظهرت في بادئ الأمر على شكل هيئات فنية، تتكـفل بإعطاء المؤمنين القدر اللازم من المعلومات الفنيـة عـن حـالة البنـاء المراد تغطيتـه تأمينيا[4]، لذلك كان تدخـل هذه المكاتب يتم دائـما بنـاء علـى طلب من المؤمن فـي مقابل التزامه بدفع الأجـر لها لقاء الخدمات التي كانت تقدمها له[5].

ولم تكن هذه المهنة في فرنسا تحظى بأي تنظيم تشريعي أو لائحي خاص إلى حين صدور قانون رقم: 78-12 مؤرخ في: 1978/01/04[6] الذي اشترط لممارسة مهنة المراقب التقني الحصـول علـى اعتـماد، والذي لا يتطلب سـوى إثبات توافر المعني على الكفاءة التقنية والأخلاق المهنية[7].

أما في الجزائر، فإن مهنة الرقابة التقنية للبناء نظمت لأول مرة بموجب أمر رقم: 71-85 مكرر، مؤرخ فـــــــــي: 29-12-1971 [8] يتضمن إحـــــــــداث هيئة المراقبـــة التقنية للبنـــــــــاء وتحـــــــــديد

1- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 175.

3- نصيرة تواتي، مرجع سابق، ص 30.

4- عبد الرازق حسين ياسين، مرجع سابق، ص 471.

5- Liet-Veaux(G), op.cit., p. 308.

6- عبد الرازق حسين ياسين، مرجع سابق، ص 472.

7- نصيرة تواتي، مرجع سابق، ص 30.

8- ج.ر، عدد 04.

قانونها الأساسي، ثم بموجب مرسـوم رقم: 86-205 مؤرخ في: 19 أغسطس 1986[1] يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء.

وعليـــــه، تزاول مهمة الرقابة التقنيـــــــة فـــي بلادنا هيئـة عموميـة تدعى هيئة المراقبة التقنية للبنـاء المستحدثة بأمر رقم: 71-85، والتي تم تغيير اسمها بموجب مرسوم رقم: 86-205 كما يلي: الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية في وسط البلاد، وهي مؤسسـة اشتراكيـة ذات طابع اقتصـادي طبقـا لأحكـام الأمر رقـم:

71-74 المؤرخ في: 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات والنصوص المتخذة لتطبيقه[2].

وتعتبر هذه الهيئة تاجـرة فـي علاقاتها مع الغيـر، وتخضـع للتشـريع الجاري به وللقـواعد المنصوص عليها في هذا المرسوم[3].

والجدير بالذكر أن المشرع قد فرض في المادة 18 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيـــــــــذ الأشغال في مجال البناء المذكــــــــور آنفا على رب العمل ضـرورة إبرام اتفاقية الرقابة التقنيـــــــــة للبنــــــــاء، وجعل من التأشيرة التي تمنحها هذه الهيئة شرطا ضروريا للتأمين[4] من المسؤولية العشرية الملقاة على عاتق المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفيــــــــن من قبــل رب العمــــــــــــــل بإنجــــــاز المشروع(المنــــــــــــــشأة)، وبالتالي لا يمكن لهؤلاء التأمين من مسؤوليتهم العشرية إذا لم يقم رب العمل بالتعاقد مع الهيئة المذكورة التي لا يمكنها عندئذ أن تمنح لهم التأشيرة المطلوبة لدى شركات التأمين.

1- ج.ر، عدد 34.

2- راجع الفقرة 2 من المادة 2 من مرسوم رقم: 86-205، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، مذكور آنفا.

3- راجع الفقرة 3 من نفس المادة والمرسوم.

4- تنص المادة 4 فقرة أولى من نفس المرسوم رقم: 86-205 على أنه: " تخول الهيئة وحدها تسليم التأشيرات المطلوبة لدى مؤسسات التأمين الوطنية في إطار القانون".

والواقع أن المراقب الفنـي يرتبط مع رب العمل بواسـطة عقـد إيجـار عمل مهما كانت الحجـج التـي يمكـن تقديمها لتعزيز الرأي المعاكس، ولهذا التكييف القانوني فائدة كبيرة فيما يتعلق بإثبات العقد وتمثيل رب العمل، ونتائج جد ثانوية[1].

وقد أخضع المشرع الفرنسي المراقب الفني للضمان العشري بالمادة 9 من قانون 4 جانفي 1978 [2] الذي تم تحديد نظامه القانوني بالمرسوم رقم: 78-146 الصادر بتاريخ: 1978/12/7، أما في القانون الجزائري، فقـد ورد ذكـر المراقب الفنـي كأحـــد المتدخليـن فـي البنـــاء فـــــي المادة 178 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07 يتعلق بالتأمينات، وقد جاءت هذه المادة في القسم الثالث تحت عنوان: التأمين في مجال البناء، من الفصل الأول(التأمينات البرية) من الكتاب الثاني(التأمينات الإلزامية).

وتقوم الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء بتقديم خدماتها بناء على طلب رب العمل الذي يلتزم بدفع الأجر لها[3]، فـي مقـابل ذلك.

وإذا كان تدخل الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء يكـون بنـاء علـى طلب رب العمل حسـب ما نصـت عليـه المادة 7/3 من مرسوم رقم: 86-206، فلماذا فرض المشرع بالمقابل على رب العمل أن يبرم اتفاقية مع هذه الهيئة استنادا إلى نص المادة 18 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البنـــــاء المذكـــــــور آنفا، مما يعنـــــي أن تدخلها لرقابة تنفيـــــــذ البنـــــــايات التي تدخـــــل فـــــي مجـــــال

1- Liet-veaux(G), J.-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, p. 24, n. 253.

2- L’article 9 de la loi n 78-12 dispose que : « Le contrôleur technique est soumis, dans les limites de la mission a lui confiée par le maitre de l’ouvrage, à la présomption de responsabilité édictée par 1792, 1792-1 et 1792-2 du code civil qui se prescrit dans les condition prévues à l’article 2270 ».

3- راجع المادة 5 من مرسوم رقم: 86-206، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، مذكور آنفا.

اختصاصاتها يعد أمرا لازما وليس جوازيا حتى يترك أمر تدخلها لطالب رب العمل.

ويكون تدخل المراقب الفني في القانون الفرنسي لإعطاء رأيه حـــــــــــول المشاكـــــــــل التقنيـــــــــة وخاصة تلك التي تتعلق بمتانة البناء وسلامة الأشخاص بنــــــــــــاء على طلب رب العمـــــل[1] وهذا حسب المادة L111-23 CCH من قانون السكن والعمران، غير أن الرقابـة الفنيـة في هذا القانون تكـون إلزاميـة L.111-26 CCH [2] في الحالات المنصوص عليها بالمادة L111-38[3] CCH.

ويمكن إيجاز مختلف المهام التي تضطلع بها الهيئة المكلفة بالرقابة التقنية للبناء فيما يلـــــــــــي: تقوم هذه الهيئة بالمراقبة التقنية لتصميم المنشآت[4]، والمصادقة عليـها أي تأشيــــرها[5] مــــع العلم بأن تأشيـرات هـذه الهيئـة تعد ضرورية لإبرام عقد التأمين من المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول[6]، كما تساهم في الدراسات المتعلقة بالتربة[7] من أجل التأكد من صلاحيتها للبناء.

1- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 90.

2- « Le contrôle technique peut être rendu obligatoire pour certaines constructions qui, en raison de leur nature ou de leur importance, présentent des risques particuliers pour la sécurité des personnes ».

3- Tel est le cas des établissements recevant du public(au- delà de 300 personnes) et des bâtiments autres qu'industriels présentant des difficultés techniques de réalisation : structures de grande hauteur, poutres de grande portée, fondations profondes etc.

4- راجع المادة 5/2 من المرسوم التنفيذي رقم: 95-414، المؤرخ في: 9 سبتمبر 1995، يتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، المذكور آنفا.

5- راجع المادة 1/27 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، يتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

6- راجع الفقرة الأولى من 178 من أمر رقم:95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.
7- راجع المادة 3/7 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، يتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، المذكور آنفا.

كما تضطلع الهيئـ ـ ـ ـة بعد انطلاق الورشة بمهمة الرقابة على تنفيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـذ أشغـ ـ ـ ـ ـال إنجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاز المنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـشأة قصد السهر على احترام المخططات المعتمدة وكيفيات التنفيذ[1]، ومن هذه الناحية يقترب دور المراقب الفني من دور المهندس المعماري المكلف بالرقابة على الأعمال.

وعلى العموم، تقوم الهيئة بمراقبة بناء مختلف العمارات من الناحية التقنية لأجل التثبت من ثبات بنائها وديمومته وأسسه، وصلاحية كل ما له تأثير في ثباته، وهيكله، وجدران محيطه بغية التقليل من أخطار الفوضى في هذا المجال، والمساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز[2].

ب- المرقـي العقـاري:

يجب أن نشيـر فـي البداية إلى أن المكتتب فـي ظل قانـون رقم: 86-07 المتعلق بالترقيـة العقـارية الملغى، كان يقـوم بإنجـاز عمليات الترقيـة العقارية بنفسه لاسيما تشييـد الأبنيـة السكنية إذ أنه لم يكن هناك نص يمنعه من القيام بذلك، كما أن هذا القانـون لم يكن يشترط في المرشّح للاكتتاب سوى تمتعه بالجنسية الجزائرية[3]، بالإضافة إلى توافره على القدرة المالية والتقنيـة التي تؤهله للقيام بالعملية[4]، مما يعنى هذا أن مهنـة الترقيـة العقارية كانت مهنـة غيـر منظمـة بشكل محكم، إذ كان في إمكان أي شخص طبيعي أو معنوي ممارستها متى توافر فيه الشرطين المذكورين.

وعلى ذلك، حدد قانون 86-07 في المادة 6 منه، الهيئات والأشخاص الذين يمكنهم انجاز عمليات الترقية العقارية، وهذا خلافا للمبدأ الأساسـ ـ ـ ـ ـ ـي الذي يحكـ ـم مهنـة الترقيـ ـ ـة العقاريـ ـ ـة، وهـ ـ ـ ـ ـ ـ ـو

- -

- -

1- راجع الفقرة 3 من المادة 3 من مرسوم رقم: 86-205، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، مذكور آنفا.

2- راجع الفقرة الأولى من المادة 3 من نفس المرسوم.

3- راجع المادة 8 من قانون رقم: 86-07، مؤرخ في: 4 مارس 1994، يتعلق بالترقية العقارية، ملغى، مذكور آنفا.

4- راجع المادة 9 من قانون رقم: 86-07.

أن المرقـي لا يقوم بالإنجاز بنفسه، وإنما يتولى البناء فحسب، بمعنى أنه يبـادر بالقيـام بعملية البناء ويتولـى عنايتها الرئيسيـة من مختلف الجوانب القانونية والمالية والإدارية..الـ ـ ـ ـ ـخ، ولا يتعدى دوره إلى مهمة التنفيذ المادي للمنشأة.

كما يلاحظ على هذا القانون، أنه حـمل صـراحة المكتتب بإحـدى عمليـات الترقيـة العقـارية الالتـزام بالضـمان العشـري فـي المـ ـ ـادة 41 منه، إلى جانب المهندسين المعماريين والمقاوليـ ـ ـ ـ ـن والأشخاص الآخرين الذين يرتبطون مع صاحـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـب الأشغال(رب العمل) بعقد إيجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـار العمل وذلك عملا بالمواد 140 فقرة أولى، والمادة 554 و564 من القانون المدني، فضـلا عـن التزامه بضـمان العيـوب الظـاهرة والخفيـة فـي العمارة[1] التي أنجزها، كما يلتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـزم المكتتـ ـ ـب كذلك استنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـادا لأحكام هذا القانون بإنـهاء الأشـغال إنـهاء مطابقـا[2].

أما بالنسبة للمرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري المذكور آنفا، فقد كرس نفس الوضع الذي كان سائدا في ظل القانون السابق، إذ لم يتضمن هو أيضا ما يفيد المنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـع المذكور، أي أنه لم يحظر على المتعامل العقاري إنجاز أشغال البناء بنفسـه، مما سمـح ذلك للمقـاولين الخواص ممارسة نشاط الترقية العقارية، وهو ما أدى إلى تسجيل الكثير من التجاوزات في إنجاز المباني وخاصة منها المشاريع السكنية.

وتجدر الإشارة هنا، أن المرسوم التشريعي رقم: 93-03 لم يخضـع المتـعامل في الترقيـة العقارية صراحة للمسؤوليـة العشرية خلافا للقانون الذي سبقه، بل كان ينص على إمكانيـة تعرضـه للمسؤوليـة العشريـة فقـــط، وذلك فـي حـال إخـلاله بالالتـــــــــــزام المفروض علـى عاتقـــــــــه وهـو أن يطـلب مـن المهندسيـن المعمارييـــن والمقاوليـن المكلفيـن بإنجـاز المنشـآت التأميـن من العواقب الماليـة التي يمكن أن تنجر عن مسؤوليتهم المدنية المهنية[3].

1- الأصح البناية.

2- راجع المادة 42 من قانون رقم: 86-07، مؤرخ في: 4 مارس 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ملغى، مذكور آنفا.

3- راجع المادة 8 فقرة 2 و 3 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى، المذكور آنفا.

وبعبارة أخرى، كان المتعامل في الترقية العقارية حسب المرسوم التشريعي 93-03 يتحمل المسؤولية العشـرية بصفة استثنائية، وذلك عند خرقه للالتزام المفروض على عاتقه بمقتضى المادة 14 فقرة 3 منه[1].

وخـلافا للقانونين السابقين لم يعد المرقـي العقاري حسب القانون الحالـي للترقيـة العقارية رقـم: 11-04 ملزما بالضـمان العشري إلا فـي إطار عقد بيع عقار مبني المنظم بالمادة 26 من هذا القانون[2]، ولعل ذلك يرجـــــع إلى كون وضـــــع المرقـــــــــــي فــــي هـذا العقـد أقرب ما يكـون من وضـــــــع المشيـّد منـه إلـى المرقـي، ولا أدل على ذلك هو التزامه بضمان كمال الإنجاز[3].

ولا يعفـى المرقـي من المسؤوليـة العشرية التي قد يتعرض لها بمجـرد حيازة المقتنـي للبناية أو تسليم شهادة المطـابقة للمرقي عنـد اكتمـال أشـغال الإنجـاز(المنشأة)[4]. وشـهادة المطـابقة هـي وثيـقة إدارية يسلمها رئيس المجلس

الشعبي البـلدي أو الوالي حسب الحالة[5] للمالك أو صـاحب المشـروع، وهـ ـذه الوثيقة لا تسلم للمعني (المالك أو صاحب المشروع) إلا بعد إشعار رئيس المجلس الشعبي بإنهاء البناء[6].

1- كانت المادة 14 فقرة 3 من المرسـوم التشريعـي رقـم: 93-03 تفـرض علـى المتـعامل فـي الترقيـة العقـارية أن يطلب مـن المهندسيـن المعمارييـن والمقاولين المكلفين بإنجاز المشروع اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم المدنية المهنية المنصوص عليها بالمادة 554 مدني، ويجب عليه كذلك أن يشترط عليهم إبرام هذا العقد لدى نفس المؤمن، وأن يتحقق من تنفيذ هذا الشرط. راجع في هذا الإلزام: المادة 179 فقرة 1، 2 من قانون رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

2- يتحمل المرقي العقاري حسب المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية المسؤولية العشرية إذا قام السبب الموجب لها، وهو حسب المادة 46 من نفس القانون، التهدم الكلي أو الجزئي للبناية دون العيوب المخلة بصلابة البناء، والتي يشملها الضمان العشري حسب المادة 554 من ق.م.

3- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

4- تنص المادة 26 فقرة 3 من نفس القانون على أن:" الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة ".

5- راجع المادة 75 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم بقانون 04-05، مذكور آنفا.

6- راجع المادة 56 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم.

والمقصود بالمطابقة هنـــــــــا هـو التثبت من مطابقـــــــــــة الأشغـــــــــال المنجـــــــــزة لرخص البـــــــناء[1] المسلمة، غير أن هذه المعاينة لا يمكن أن تتم إلا عنـد انتـهاء الأشـغال.

الفرع الثانـي: الدائنين بالضـمان العشـري:

يثبت الحق في الضمان العشري وفقا لنص المادة 178 فقرة 2 من قانون التأمينات رقم: 95-07 المذكـــــور آنفا، لصاحب المشروع(**أولا**) والملاك المتتالين للمنـــــــــشأة، أي الخلف العام والخاص لرب العمل(**ثانيا**).

أولا: رب العمل: Le maitre de l'ouvrage

إن المستفيد الأول من أحكام الضمان العشري هو رب العمل الذي تنفذ لحسابه الأشغال باعتباره طرفا في عقد المقاولة المبرم مع مؤجري العمل، فهو الذي يصاب بالضرر من جراء تــــهدم البناء أو من جـــــــــــــراء ظهور عيب في المنــــــــــــــــشأة يترتب عليه تهديد سلامتها أو متانتها[2] فضـلا عـن أن الضـمان العشري يتوقف تطبيقه على ضرورة وجود عقـد إيجار عمل، وبالتالي فمن المنطقـي أن يكون رب العمل هو المستفيد الوحيد منه، ولكـن إذا فقد هذه الصفة، فلا يجوز له إطلاقا مباشرة دعوى الضمان العشري[3].

وهذا المبدأ طبقه الاجتـهاد القضائـي في العديد من المرات[4]، وبالتالي ابتـداء من الاستـــــــلام النهائـــــــــي للعقـار تزول هــــذه الصفة أي صـفــــــــة رب العمـل عـن الشركات التـعاونية و الجمعيـــــات

1- راجع المادة 75 من قانون رقم: 90-29، يتعلق بالتهيئة والتعمير، وكذلك المادة 78 منه، مذكور آنفا.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 111. أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني(المقاولة، التزام المرافق العامة، عقد العمل، عقد الوكالة، عقد الوديعة، عقد العارية، الحراسة)، مرجع سابق، ص 46. راجـــــــــــــــــــــــــــــع أيضا:

Malinvaud (Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 46.

3- Fossereau (J), op.cit., p.18, col.1.

4- Ibid., p.18, col.1.

النقابيـ ـ ـ ـ ـة للبناء، فقد استخلصت محكمة النقض بأنها لا تكـون مقبولة إطـلاقا لإقامة دعـوى الضـمان العشري ضد المشيدين[1].

ورغم عدم النص علـى هذا الحكـم فـي القانون المدنـي إلا أنه يمكن استخـلاص ذلك من خلال نص المادة 554 فقرة 3 منه، التـي استبعدت المقاول الفرعي من قائمة الأشخاص الملزميـن بالضـمان العشـري، لأنه لا يرتبط مع رب العمل بأي عقـد، أما المادة 178 فقرة 2 من قانون التأمينات رقم: 95-07 المذكور آنفا، فقد نصت صراحة علـى استفادة رب العمل من الضمان العشري[2].

والحقيقـة أن هـذا الحكـ ـم هو تطبيـق للقـواعد العامـة فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي نسبيـة أثر العقـد من حيـث الأشخـاص المنصوص عليه في المادة 108 من القانون المدني[3].

لكن، هل يطبق الضمان العشري على العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن؟ وبمعنى آخر، هل يستفيد المقاول الأصلي من الضمان العشري في مواجهة المقاول الفرعي؟

لاشك أن الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي طبعا، إذ لا يطبـق الضـمان العشـري علـى المقاول الفرعي في علاقته مع المقاول الأصلي، لأن هذا الأخير يعتبر من رجال الفن والخبرة في مجال البناء، وأن قواعد هذا الضمان الخاص إنما تقررت لحماية فئة معينة من الناس لا تكـون لديها فـي الغالب دراية كافيـة بفـن البنـاء وأصـوله، وهـذا ما لا يتـوافر فـي علاقـة المقـاول الأصـلي بالمقـاول مـن البـاطن، فكـلاهما مـن رجـال الفـن والتخصص في مجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـال البنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء، فليس

- -

- -

1- Civ3., 14 nov.1970, Bull.civ.III, n 611, p.446 cité par : Fossereau(J), op.cit., p. 18, co.1.
2- يستفيد من الضمان العشري حسب المادة 178 فقرة 2 من قانون التأمينات رقم: 95-07، مذكور آنفا، " رب العمل أو الملاك المتتالين للبناية أو المنشأة المنجزة".
3- ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

هناك من سبب يدعو لاستحداث قواعد ضمان خاصة بينهما[1].

ويستبعد القضـاء الفرنسـي تطبيـق الضـمان العشـري على المقاول الفرعـي لفائدة المقاول الأصلي على اعتبار أن هذا الأخير لا يعتبر رب عمل تجـاه المقـاول الفرعـي[2]، فالمقـاول الأصـلي ليس رب عمل بالمعنـى الدقيـق للكلمة، ونتيجة لذلك، فإن أحكـام القانون المدنـي المتعلقة بالعلاقات التعاقدية بين رب العمل ومقاوليه لا تكـون قابلة للتطبيـق علـى العلاقات بين المقـاول الفرعـي والمقـاول الأصـلي.

وهكذا، فإن القـواعد الخاصـة للمسؤوليـة المنصوص عليها بالقانون المدني فـي مواجـهة المهندسين المعماريين والمقاولين لا تطبق إلا في علاقات هؤلاء من جـهة، والمالك أو الخلف من جـهة أخرى[3].

فوسائل الحماية وضعت في الواقع لصالح رب العمل قليل المعرفة بمشاكل البنـاء، فلا يوجـد من سبب ما يدعـو إلـى تطبيقـها بيـن مهنييـن أو بالأحـرى مختصيـن[4]، لهـذا السـبب استبـعد المقـاول الفرعـي مـن نطـاق تطبيـق المسؤوليـة العشـرية[5]، ولعـل هذا ما جـعل المشرع الجـزائري علـى غـرار المشرع المصـري يستبعد تطبيـق قواعد الضـمان العشـري المنصوص عليها بالمادة 554 مدني وما بعدها فـي علاقة المقـاول الأصـلي بالمقـــاول الفرعـــــي[6] على اعتبار أنهما متساويـــان

1- راجع مبررات هذا الحل التشريعي في القانون المصري، عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص ص 11، 112. و نفس المبررات لدى الفقه الفرنسي على الرغم من عدم وجود نص في القانون المدني

يقرر الحل المذكور. راجع مثلا: Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 196.

2- Cass.civ3, 15 fév. 1983 : Bull. civ. III, n. 44 ; Quot. Jur. 17 déc. 1983, p. 7 cité par : Liet-veaux(G), J-cl, Construction, 1990, Fasc.203-1, n. 170, p. 17.

3- Mazeaud (H et L, J), Cours de droit civil : Contrats spéciaux, op.cit., p. 562.

4-Liet-Veaux(G), J.-CL. Construction, Fasc.201-60, 1998, n 15, p.3.

5-Liet-Veaux(G), J.-CL. Construction, Fasc.201-60, 1998, n16, p.3.

6- تنص المادة 554 فقرة 3 من ق.م على أنه: «لا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقـاول من حق الرجوع على المقـاولين الفرعيين".

من الناحية الفنية.

ولكـن ليس بالضـرورة أن يكـون رب العمل هو المالك النهائـي للمنشـأة المنجـزة، وإن كان هـذا هـو الوضـع الغالب، إلا أنه قد يتولـى شخص البنـاء، ولكن بقصـد البيـ ـ ـ ـ ـ ـع وليس لإشباع حاجاته الشخصية، وهذا ما ينطبـق على المرقي العقاري الذي يتولى البناء بواسطة مؤجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـري العمل بقصد البيع وليس التملك، حيث يغلب أن يكون البيع هنا قبل تمام الإنجاز، كما يتم بعد الإنجاز أيضا.

ويطرح السـؤال فـي مثـل هـذه الحـالة، لمن يثبـت الحق في الضمان، هل يكون للمرقي العقاري الذي يرتبط مع مؤجري العمل عـن طريـق عقـد مقـاولة أم للمشتـري[1] الذي يرتبط مع المرقي عن طريق البيع؟

إذا كان المرقي العقاري هو صاحب المشروع، فإنه يكون بلاشك دائنا بالضمان العشري فـي مواجهة المقاولين والمهندسين المعماريين الذين يرتبطون معه بعقود مقاولة، لأن الضمان العشري المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني وما بعدها، إنما تقـرر فـي الواقـع لأجل حـماية مصـالح أرباب العمل الذين يطلبـون خدمـات غيرهم من مؤجـ ـ ـ ـري العمل من المهندسين المعماريين والمقاولين.

ولكن بالرجـوع إلى أحكام القانون رقـم: 11-04 الذي يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية المذكور آنفا، لا نجد من بين الملزمين بالضمان العشري المرقي العقاري[2]، مما يعنـي أنه يكـــــــــون دائنــــــا بالضـــــمان وليس مدينـــــا به مــــــع مراعاة أحكـــــــام المـــــــــادة 26 فقـــــــــــرة 3 من هــــــذا

- -

- -

1- يترجم المشرع كلمة Acquéreur إلى المشترى أو المقتني تارة، وذلك في المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، وبالمرشح للملكية أو المكتتب تارة أخرى في القانون رقم: 86-07، المتعلق بالترقية العقارية، الملغيان.

2- تلقي المادة 46 من قانون رقم: 11-04 مشار إليـه أعلاه، المسؤوليـة العشـرية علـى مكـــــــاتب الدراسات والمقاولين وباقـي الأشخـاص الآخرين الذين يرتبطـون بصاحـب المشروع من خلال عقد.. ".

القانون[1].

لكن، هل هذا الحل يقتصر على الحالة التي يتعهد فيها المرقـي بالتشييد بواسطة محترفي البناء فقط، أم أنه ينطبق أيضا على الفرض الذي يقوم فيه المرقي بالبناء بنفسه؟

لما كان المرقي العقاري يهدف في الغالب إلى إنجاز الأبنية لأجل البيع، فإن المشرع جعله مدينا تجـاه المشتري بالضمان العشري[2]، رغــم أنه لا يرتبط معه بعقد مقاولة، فحـــسب المادة 26 فقـــــرة 3 من قانون 11-04 يعتبر المشترى دائنا فـي مواجهة المرقـي بالضمان العشري رغم أنه لا يرتبط مع هذا الأخيـر بعقـد مقاولة، وبالتالـي، فإن الضـمان العشـري لا يقتضـي تطبيقه دائما وجود عقد مقاولة.

ومن جهة أخرى، يعتبـر المرقـي مستفيـدا مـن الضـمان العشـري حسـب المـادة 46 من قانـون 11-04 إذا قـام بالبنـاء بواسـطة مؤجري العمل في إطار عقد حفظ الحق والبيع على التصاميم وفي هذا الصدد يقول Ph. Malinvaud et Jestaz: بأن

المرقين العقاريين أصبحوا اليوم يتمتعون بقوة اقتصادية وتقنية مذهلة، لذلك يجب علـى المشرع أن يسعـى من الآن فصـاعدا إلـى حمـاية المقاوليـن والمهندسيـن المعمارييـن فـي مواجـهة هـؤلاء[3].

وفي مجال الأشغال العامة، يحدث غالبا بأن تكون الدولة هـي صاحبة صفة رب العمل المنتدب، دورها إذن يتوقـف مع الاستلام النهائي للمنشآت[4].

1- يتحمل المرقي العقاري إلى جانب الأشخاص المذكورين بالمـــــادة 46 من قانون رقـم: 11-04 المسؤوليـــــــــة العشرية، ولكـن فـي إطـار عقـد بيـع عقـار مبنـي فقـط، المنظـم بالمادة 26 من نفس القانون، لأن المرقي في هذا العقد يفترض فيه أنه هو الذي يقوم بالبناء خلافا لعقدي حفظ الحق والبيع على التصاميم أين يمتنع فيهما على المرقـي أن يقوم بالبناء بنفسه عملا بأحكام المادة 16 من قانون 11-04.

2- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

3- En ce sen, Malinvaud (Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 59.

4- Cons. D'Etat 5 mars 1982, min. éduc. C. Ringuez : Lebon, p. 103 cité par : Liet-veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 171, p. 17.

ثانيـا: الخـلف [1]:

إن دعوى الضـمان العشـري تتبـع العقـار فـي أي يد كان[2]، تطبيقا للمبدأ الذي يقضي بأن الضمان يتبع العقار باعتبـاره من ملحـقاته أي تابعا له، وأن الحـماية القانونيـة مرتبطة بحـق الملكـية[3].

ومـن الثابت أن ارتبـاط انتقال الضمان العشري بالملكية استقر عليه الاجتهاد القضائي[4] حيث قضت محكـــمة النقض الفرنسية حديثا بأن" الملاك المتتاليـــــــن يكـونوا مقبولين لمباشرة دعـــــــوى الضمان دون أن يكون علمهم بالعيوب أثناء عقد البيع حائلا لذلك"[5]، والشق الآخر من هذا الحل، هو الفقدان الاحتمالي للضمان بالنسبة لرب العمل، فقد قضي بأن رب العمل الذي باع عقاره لا

يكــــــــون مقبـــــــــولا إطــلاقا للتمسك بالضــمان ما دام لم يكـــــــاف بالحضـــــور من طرف المشتري ولم يحـــل محله في حقوقه[6].

وقد تعرضت هذه القرارات للانتقاد، فانتقـال الدعوى يبدو أنه من غير الممكن تبريره في القانون بسبب المـــادة 1165 من القانون المدنـــــــي، والأثر النسبـــي لعقــــــــد إيجــــــار العمل(المقاولة)

1- تنصرف آثار العقد إلى الخلف، لأنه يمثل المتعاقدين، وهو الشخص الذي يتلقى الحق من غيره: راجع، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام- التصرف القانوني)، مرجع سابق، ص 339.

2- Liet-veaux(G), J.cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 173, p. 18.

3- Fossereau(J), op.cit., p. 18, col.2.

4- V. Par ex : Civ3., 18 oct.1972, Bull.civ.III, n 531, p.386 ; 9 avril 1973, III, n 472, p.344 cités par : Fossereau(J), Ibid., p.18, col.2.

راجع كذلك الأحكام المشار إليها في: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 199.

5- « les acquéreurs successifs sont recevables à agir nonobstant leur connaissance des vices lors de l'acte de vente » V. Civ3., 28 oct. 1975, Bull. civ.III, n 311, p. 235 cité par: Fossereau(J), op.cit.., p.18, col 2.

6- Civ3., 12 nov.1974, Bull.civ.III, n 407, p.312 ; D.1975. somm.13 cité par : Foussereau(J), op.cit., p.18, col.2. Voir aussi, Cass.civ., 9 juill. 1973, JCP(Éd.) 1974, II, 2646.

الذي يكون المشتري أجنبي عنه[1].

إن مبـادئ انتقـال الدعوى تطبـق كذلك من طرف المحاكم الإدارية الفرنسية، فعلـى سبيل المثـال فيما يخص التنازل عن عقارات بعد إعادة بنائها من طرف الدولة[2].

ودعوى الضمان العشري ضد المشيدين تكون قابلة للتحويل في مجـال الأشـغال العامة بدون إجـراء إشـهاري خاص[3]، وهذا تطبيقا للمبدأ الذي يقضي بأنه لا يكون للخلف أكثر

مما كان للسلف، لذلك لا يمارس الخلف حق سلفه (رب العمل) إلا للفترة المتبقية من أجل الضمان العشري[4].

أ- الخـلف العـام:

لا يقتصر أثر العقد على طرفيه، بل يمتد إلى الخلف العام[5] أيضا، وهو كل شخص يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو بعضها[6]، أي من تعم خلافته له في جميع حقوقه أو بعضها[7].

وعلى الرغم من عدم ورود نص في القانون المدني يقضي بانتقال الحق في الضمان العشري إلى الخـــلف سواء كان عاما أو خاصا إلا أنه يمكـــــن تقرير هذا الحكــــــم تطبيقا للقواعــــــــد

1- Fossereau(J), op.cit., p.18, col.2.

2- Trib. Conflits 12 juin 1961, Vve Lannoy : D. 1962, 127, note Lamarque ; Lebon, p. 870.- Cons. D'Etat 6 janv. 1961, Sté Mobil Oil français : A.J.D.A. 1961, II, p. 517, n. 219 cités par : Liet-veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 184, p. 18.

3- D'Etat 3 oct. 1986, Sté T.N.E.E. : Les Petites Affiches 28 nov. 1986, p. 10 s. cité par : Liet-veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1 1990, n 185, p. 18.

4- Toulouse, 1re ch. 9 oct. 1986, Groupe Drout c. Sté Aquitaine du bâtiment cité par : Liet-veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 178, p. 18.

5- راجع المادة 108 من ق.م.

6- علي فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 323.

7- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 339.

العامة في المادتين 108، 109 من نفس القانون.

غير أن المشرع نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة 178 من أمر رقم: 95-07 يتعلق بالتأمينات، مذكور آنفا، على انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف العام.

ب- الخلف الخاص[1]:

يستفيد من الضمان العشري كذلك من انتقلت إليه ملكيـة البنـاء عن طريق عقـد كبيع[2] أو هبة مثلا، كما يجب إضافة الوصية، أو عن طريق الالتصاق.

وإذا كانت دعوى الضمان العشري تنتقل، مبدئيا، مع ملكية العقـار للمشترين، فإن رب العمل لا يفقـد إمكانية مباشرتها عندما تشكل بالنسبة له مصلحـة مباشرة ومؤكدة، هـذه هـي الحـالة التـي يباشر فيها المشتري ضده (رب العمل) طلبا مؤسسا على ضمان العيوب الخفيـة للبيـــع[3]. وحسب الفقه الفرنسي، فإن بيع العقار لا يمنع رب العمل من مباشرة دعوى الضـمان العشـري[4]، وقـد أوجز أحـــــــد القرارات هذا المشكل[5]، وتم تأكيـــــــــد هـذا الحـل بمناسبة بيـــــــع عقـــــــار

1- الخلف الخاص هو كل شخص يخلف السلف فـي ملكيـة شـيء معين أو في حـق عينـــي آخر على هذا الشيء، كالمشتـــري والموهوب له، أو يتلقـــــــــــى حقا شخصيا كان سلفه دائنا به قبل الغيــــــــــــر. راجـــع حـــــــــــــول مفهوم الخـــــــــــلف الخاص: علي فيلالي الالتزامات: النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 327، محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 340.

2- راجع فيما يتعلق باستفادة المشتري من الضمان الذي ينتقل مع الشيء:

Cass.civ3., 25 janvier 1989, Bull. civ.III, n 21cité par : Malaurie(Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p.423, note(39).

3- Cass. civ3, 21 mars 1979 : Quot. Jur. 20 nov. 1979, p. 4 ; Bull. civ. III, n. 73.- 20 avril 1982, Bull. civ. III, n 95, Quot. Jur. 2 dé. 1982, p.13 cités par : Liet-veaux (G), J.cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 175, p. 18.- Voir aussi en ce sens, Cass.civ3., 11 décembre1991, JCP, 1992.IV.524 ; cité par : Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), Droit civil: Les contrats spéciaux, op.cit., p. 423, note(40).

4- Malaurie(Ph) et Aynes(L), Gauthier(P.-Y), Ibid., p. 423, note(40).

5- Cass.civ3, 26 avril 1983 : Quot. Jur. 18 oct. 1983, p. 6 cité par : Liet-veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 176, p.18.

تحـت التشييـد أي قبـل تمـام إنجـازه[1]، وتم قبول الدعوى المباشرة لرب العمل السابق ضد مؤمن المشيدين[2]، ولكن لا يجوز الجمع بين دعوى البائع ومشتريه، أي أن الجمع بين الدعويين غير مقبول، لذا لا يجـوز للمشتري مباشرة دعوى الضـمان العشـري بعـد أن التزم البائع بإصلاح العقار على أساس الاتفاقات المبرمة بين طرفي البيع[3].

أما المشرع الجزائري، فقد نص صراحة فـــــــــي قانون التأمينات رقـــــــــــم: 95-07 المذكـــــــــور آنفا، على هذا الحكم أي أنه أقر للمشتري وكل من انتقلت إليـه ملكيـة المنشـأة المنجـزة حـق مباشـرة دعـوى الضـمان العشـري ضـد المقاولـين والمهندسيـن المعماريين والمراقبين الفنيين[4].

كما يعتبر المقتنـي فـي عقـد بيـع عقار مبنـي دائنا بالضـمان العشـري أيضا[5]، مع أنه لا يكـون طرفا فـي العقود المبرمة مع مؤجري العمل(المقاولين والمهندسين المعماريين)، وإنما يكـون طرفا فـي عقـد البيـع المبـرم مـع المرقـي العقـاري، وعليـه يكون للمشتري أن يطالب المرقي بحقه فـي الضـمان العشـري متـــى تحـقق السبب الموجب له[6]، ولكن الحق في الضـمان العشـري لا يثبـت للمشتري فـي هـذه الحـالة لكـونه خلفـا خاصا، وإنما باعتباره دائنا بالضمان[7].

1- Cass.civ3, 7 juin 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, pan. Jur. 304.- 3 mai 1989 : Bull. civ. III, n. 94 ; Rev. Dr. Imm. 1989, p. 362 ; Gaz. Pal. 1989,2, pan. Jur., 113 cités par : Liet-veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 177, p. 18.

2- V. Versailles, 4e ch. 22 sept. 1982 : Gaz. Pal. 1983, 2, somm. 335. Cité par : Liet-veaux(G), J-cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 178, p. 18.

3- Cass. Civ3., 20 avril 1988 : Bull. civ. III, n. 76 cité par: Liet-veaux(G), J-cl, construction, Fasc.203-1, 1990, n. 178, p. 18.

4- تنص المادة 178 فقرة 2 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات على أنه:" و يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكيه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

5- راجع المادة 26 فقرة 3 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

6- يقتصر إعمال المسؤولية العشرية في ظل قانون الترقية العقارية الجديد رقم: 11-04 على حالة تهدم البناية كليا أو جزئيا فقط حسب المادة 46 منه.

7- خلافا لعقد البيع في القانون المدني(المادة 351) يتحمل المرقي في عقد بيع عقار مبني(المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04) الالتزام بالضمان العشري، ولكن ليس من وقت البيع، بل من يوم استلام المنشأة.

كما تجدر الإشارة هنا أيضا، أن المرقي يكون دائنا بالضمان وليس مدينا به في عقدي حفظ الحق والبيع على التصاميم[1]، إذ يحتل المرقي في هذه الحالة مركز رب العمل بالنسبة لمكاتب الدراسات والمقاولين وسائر المتدخلين المرتبطين معه بعقد، ولكن سرعان ما ينتقل الحق في الرجوع بالضمان العشري ضد هؤلاء الآخرين إلى المشترين للبنايات المنجزة.

ولا تنتقل دعوى الضمان العشري في البيع الإيجاري إلى المشتري(المستأجر) إلا من الوقت الذي يصبح فيه مالكا فعلا للبناء، وهو وقت سداده لآخر قسط من الثمن[2]، وقبل ذلك، فلا يعدو أن يكون مجرد دائن للمؤجر(البائع) ، ولكن يجوز له أن يباشر دعوى الضمان العشري باسم ولحساب رب العمل(المؤجر) عن طريق الدعوى غير المباشرة[3] إذا ظهر عيب في البناء المؤجر.

أما مستأجـري Attributaires منـازل فردية شيدتـها تعاونيـة السكنـات والمعـدة للإيجـ ـار النمطي لا يعتبرون لا مالكين ولا أرباب عمل، وبالتالي لا يمكنهم الاستناد إلى المادة 1792 من ق. م فـي الدعـوى المرفوعة ضد المقـاول والمهندس المعماري لإصـلاح الخـلال الناتجة عـن تسربات[4]، ومبـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـرر ذلك أن المستأجر يعتبـر مـن الغير في علاقتـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـه بالمهندس المعماري والمقاول، ومن ثم لا يمكنه الرجوع عليهما إلا بالمسؤولية التـقصيرية، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي[5].

1- راجع المادة 46 من قانون رقم: 11-04، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مذكور آنفا.

2- Mazeaud(H et L, J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, op.cit., 68.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 111، هامش رقم:(7). محمد عبد الرحيم عنبر مرجع سابق، ص 195.

4- Cass.civ3, 25 janv. 1989 : J.C.P. 89, éd. G, IV, 111 ; Bull. civ. III, n. 21 cité par: Liet-veaux(G), J.cl, Construction, Fasc.203-1, 1990, n. 169, p. 17.

5- حول أحكام هذا القضاء راجع، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 406، هامش رقم:(1).

ويترتب على كون المستأجر من الغير عدم خضوع دعواه التي ترمي إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن خطأ مهندس معماري في تصميم سقف دار للسينما، وكذا إهماله في رقابة أعمال تنفيذ هذا السقف، للتقادم العشري[1].

ورغم أن هذا الحل لا يستند إلى أساس قانوني، نظرا لما ينطوي عليه من مزايا أكثر بالنسبة للمستأجر مقارنة بمالك البناء الذي يعد صاحب حق عيني، بينما يكون للأول مجرد حق شخصي[2]، ومع ذلك لا تتقادم دعواه ضد المشيدين خلافا للمالك إلا بعد مرور 30 سنة فضلا عن أن من شأن هذا الحل أن يضطر -مبدأ أثر نسبية العقد إلا أنه تعرض للنقد من طرف جانب من الفقه- المشيدون إلى إجراء تفتيش دوري على المباني إلى أن تتقادم دعوى المستأجر التقصيرية[3]، وكما قال أحد أصحاب هذا الرأي المناوئ لهذا الحل، أنه بدلا من أن يقوم المالك بهذا التفتيش باعتباره حارسا للبناء، أصبح من الآن فصاعدا على المالك والمشيد أن يتعايشا معا على الأقل لمدة ثلاثين سنة"[4].

وفي مجال الملكية المشتركة، فإن ممثل النقابة كان مقبولا من طرف الاجتهاد القضائي بدون منازع لمباشرة دعوى الضمان عندما تلحق العيوب العقار ككل: الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة[5]، أما المالك للعقارات المشتركة، فقد صرح القضاء بقبوله مباشرة الدعوى بصفة فردية عندما تلحق الخلال الأجزاء الخاصة لحصته[6].

- -

- -

1- Cass.civ., 9 oct. 1962, D. 1963, J, P. 1 note Liet-Veaux cité par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 205، هامش رقم:(45).

2- Civ3., 8 mars 1972, Bull.civ.III n 162, p.116 cité par : Fossereau(J), op.cit., p. 18, col.1.

3- راجع أصحاب هذا النقد، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 408، هامش رقم: (9، 10).

4- Liet-Veaux, Commentaire sur Cass.civ., 9 oct. 1962, Dalloz. 1963, J, p.1.

5- Civ3., 8 mars 1972, Bull.civ.III n 162, p.116 cité par : Fossereau (J), op.cit., p. 18, col.1.

6- Civ3., 15 mai 1974, Bull.civ.III, n 190, p.142 cité par : Fossereau (J), Ibid., p.18, col.1.

أما فيما يخص شركات البنـاء والشركات المدنيـة العقارية(رب العمل) فيكون كل شريك فيها مقبـولا لمباشرة الدعوى علـى أساس الضـمان العشري أو الثنائي ضـد المشيدين للتعويض عن الضرر الذي لحقه شخصيا بفعل النقائص[1].

وهذه الحلول تتفق في الواقع مع تنظيم المشرع لنظام الملكية المشتركة[2]، حيث ميز بشأنها بين ملكية الأجزاء المشتركة[3] وملكية الأجزاء الخاصة[4]، فإذا كانت النقائص قد لحقت الأجزاء الخاصة، فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري يكون من حق مالك الجزء الخاص، أما إذا تعلق الأمر بالأجزاء المشتركة، فإن دعوى الضمان تباشرها نقابة الملاك المشتركين.

1- Civ3., 7 mars 1972, Bull. civ.III, n 157, p. 113 cité par : Fossereau (J), op.cit., p. 18, col 2.

2- راجع المرسوم التنفيذي رقم: 94-59 المؤرخ في: 7 مارس 1994، المتعلق بتحـــــــــــــديد القواعد المتعلقة بالملكيــــــة المشتركة وتسيير العقارات الجماعية، ج.ر، عدد

3- بالنسبة لتعريف الأجزاء المشتركة راجع المادة 745 من ق.م.

4- بالنسبة لتعريف الأجزاء الخاصة راجع المادة 744 من ق.م.

المبحــــــث الثــــــالث:

النــــــظام القانونــــــي للضـــمان العشـــــري

إن النظام القانوني للضمان العشري لا يمكن أن تتجلى ملامحه بوضوح إلا من خلال بيان ميزاته الأساسية، والتي تسمح بتمييزه عن النـظام القانونـي الذي تقـوم عليـه المسـؤولية العقـدية للمقـاولين العاملين خارج مجال البناء.

وبالرجـوع إلى النصـوص التـي تحدد القواعد القانونية التي تحكـم المسؤوليـة الخاصـة بالمشيدين، يتضـح بأنها مسـؤوليــــة استثنـائيــــة ومشـددة، نظــــــرا لافتـــــــراض المشرع لها من جــــهة وتقرير مبدأ التضامن في نطاقها، أي بين المدينين بها من جهة أخرى، فضـلا عـن ارتباط أحكامها بالنظام العام(**مطلب أول**).

إن هذه الخصائص التي يتسم بها الضمان العشري دفعت الفقه إلى محاولة البحث عن طبيعته القانونية، لكونه يتميز بقواعد ذاتية لا نجد لها نظيرا في القواعد العامة للمسؤولية العقدية التي تحكم التزام سائر المقاولين غير العاملين في مجال البناء(**مطلب ثاني**).

وتتجلى خصوصية الضمان العشري أيضا من خلال تقدير التعويض المستحق للمستفيد منه (رب العمل)، ونطاقه، مقارنة بالقواعد العامة**(مطلب ثالث).**

المطـلب الأول:

ميـزات الضمـان العشـري

يختلف الضمان العشري عن قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام التي تحكم سائر المقاولين العاملين خارج مجـــــــال البناء، بكـــــــون قواعـــــــده مـــــن النـــــظام العام(**فـــرع أول**)، نظــــرا لتعلق متانة المبانـــــــــي والمنشآت الثابتة الأخرى بالسلامة العامة، وتقرير التضامن بين

المدنيين به(**فرع ثان**)، فضلا عن افتراض المسؤولية عن الضمان العشري(**فرع ثالث**)، وهذا ما سنتولى بحثه فيما يلي:

الفرع الأول: قـواعد الضمـان العشـري مـن النـظام العـام:

يجيز القانون العام للمسؤولية التعاقدية للأطراف تهيئة هذه الأخيرة بالتراضي، غير أن مسؤولية المشيدين تمس بالنظـام العام، لأن تهدم المنشـآت هو سبب لخطر جسيـم[1]، لذا كان لا بد من إيجـاد أحكـام خاصـة لأجـل تفادي كل استبـعاد للمسؤوليـة سواء نتـج عـن استـلام الأشـغال أو عـن اشتراطات العقـود[2]، لهـذا السبب كـان الاجتهاد القضائي الفرنسي يعتبر الضمان العشري من النظام العام[3]، وذلك على الرغم من عدم وجـود نص في القانون المدني الفرنسـ ـ ـ ـ ـ ـي يقـ ـ ـ ـ ـ ـرر هـ ـ ـ ـ ـذا الحكـ ـ ـ ـ ـم، غيـ ـ ـ ـ ـر أن قانون 4 جانفـي لسنـ ـ ـ ـ ـ ـة 1978 قرر بأنه مـن النـ ـ ـ ـ ـظـام

1- ويتجسد هذا الخطر في أقصى صوره في إزهاق الأرواح، ناهيك عن الإصابات الجسدية والعاهات المستديمة التي تنجم عن حوادث انهيار البنايات..الخ.

Voir en ce sens, Liet-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction, Fasc.203-1, 1990, n 25, p. 5.

2- Liet-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n. 25, p. 5.

3- Cass.civ3., 7 mai 1971 : J.C.P. 72, II, 16992, observ. Liet- Veaux ; Gaz. Pal. 1971, 2, 589 ; Bull. civ. III, n. 285 Cité par : Liet-veaux(G), Juris- classeurs, Construction, Fasc-203-1, 1990, n. 32, p. 6.

العام، حيث حسمت الفقـرة الثانية من المادة 1792 من القانون المدني الخلاف الذي كان قائما بنصها على أن: " كل مشيد يكون مسؤولا ما لم يثبت بأن الأضرار نجمت عن سبب أجنبي" [1].

وبذلك أصبح الضمان المفروض على المشيدين في القانون الفرنسي من النظام العام بموجب المادة 1792-5 الناتجة عن إصلاح 4 جانفي 1978 [2]، ومع ذلك لا يلتزم قضاة الموضوع بإثارة وسيلة الدفع بانقضاء أجل الضمان العشري[3].

ويختلف الوضـع فـي القانون المدنـي الجـزائري الذي نص صراحة منذ البداية على اعتبار الضمان العشـري المنصـوص عليه بالمادة 554 مـــــن النظام العام[4]، وعليه، فإن الضمان الخـاص لمشيدي المنشآت العقارية يختلف اختلافا جوهريا عن الضـمان بالنسبة لمقاولي الأنشطة الأخرى، نظرا لتعلق موضوعه بالسلامة العامة.

ولكن ما هو أثر الشروط المشددة **(أولا)** المعفية، والمحددة **(ثانيا)** للضمان العشري المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني؟

أولا- الشروط المشدّدة من الضمان العشري:

تكـون هذه الشروط صحيحـــــــة [5]، مادام أنها تدفـــــــع المقاوليـــــن والمهندسين المعمارييـــــــــن إلـــــى

1- « Le constructeur est responsable sauf s'il prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère».

2- Viney (G), op.cit., p.218, note(36).

3- Cass. Civ3., 9 mai 1979, S.C.I. la Borne au Diable : Gaz. Pal. 1979, 2, 402.- Cass.civ1, 28 juin 1988, Bull. civ. I, n. 206 Cités par : Liet-veaux(G), Juris-classeurs, Construction, civile- Fasc. 203-1, 1990, n. 34, p. 6.

4- تنص المادة 556 من ق.م على أنه: " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

5- Mazeaud (H et L, J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, op.cit, p. 137; Soinne (B), op.cit., p. 560 ; Fossereau (J), op.cit., p. 17.

راجع كذلك، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 317.

بذل أقصى عنايتهم لأجل تنفيذ المنشآت تنفيذا سليما، ولأن الأمر يتعلق هنـــــــــا بالسلامة العامة أولا وقبل كل شيء.

وعلى ذلك، يجوز مثلا الزيادة في مدة الضـمان العشري عن العشر سنوات [1]، وهي المدة الأدنـى التي يجب أن تكـون عليها مسؤوليـة المهندس المعمـاري والمقـاول[2]، ويقـع صحيحا كذلك الاتفـاق علـى توسيـع نطـاق الأضرار[3](العيوب) التي يشملها الضمان عادة أو الأموال(المنشآت) التي تكون موضوعا له.

كما يجوز الاتفاق على أن يتحمل المقاول أو المهندس المعماري الضـمان حتـى ولو كان سبب التـهدم أو العيب راجعا إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ[4]، أو ظل سببه غير معروف أصلا، والذي لا تنتفي به مسؤوليتهما[5].

وبوجه عام، يكون صحيحا كل اتفاق يقصد به تقوية الضمان سوا تعلق الأمر بطبيعة الأضرار أو الأموال التي يتحقق في نطاقها الضمان العشري.

ثانيا: الشروط المسقطة للضمان والمحدّدة له:

يجب أن نشير في البداية إلى صحة الاتفـاق الذي يعفـى المقـاول أو المهندس المعماري بمقتضاه من مسؤوليته العقدية عن العيوب الظاهرة بالمبنى عند تسلمه[6]، أما العيـــــوب اللاحـــــقة

1– Mazeaud(H et L, J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, op.cit., p. 137.

راجع أيضا، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 371.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 317.

3- En ce sens, Bernardin(H), op.cit., p.402.

4- يمكن الاستدلال على صحة هذا الحكم استنادا إلى أحكام نص المادة 178 فقرة أولى من ق.م. راجع في نفس المعنى عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 371.

5- استئناف مختلط 24 يونيو 1903، بيلتان 15، 357 مشار إليه في: محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 175، هامش رقم:(1).

6- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 319.

للاستلام، فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها قبل أن تتحقق فعلا[1]، لأن العيب الخفـي لا يمكن لرب العمل أن يعلمه وقت الاستـلام، ومن ثم لا يمكنـه أن يعرف من هذا الوقت بمدى هذا التنازل، وقد برر حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية صحة مثل هذا الاتفاق بما كان لرب العمل من خبرة بفن البناء[2].

لكن، إن صـح هـذا الاتفـاق نظـريا، فإنه لا يستقيـم عمـلا، لأن الأمر يتعلق بفنييـن محترفيـــــن، وبالتالـي فخـطأ المقاول أو المهندس المعماري سيكون جسيما بما يعطل هذا الاتفاق[3].

وفي كل الأحوال، لا يصح الاتفاق الذي يعفي المشيـّد كليـة من المسؤولية في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم[4]، وهذا ما قرره القضاء الفرنسي[5].

إن الاتفـاقات المعفيـة من الضـمان أو المحـددة له [6] جزاؤها إذن هـو البطـلان، ويبـرر البعض ذلك استنادا إلى الطبيعة القانونيـة(التقصيرية) للضـمان[7]، أو لتعلق متانة المبانـي بالسلامة العامـة[8].

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 131، 132.

2- Civ. 4 juill. 1838, S, 1838, 1, 726 cité par: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 320، هامش رقم: (11)

3- محمد شكري سرور، نفس المرجع، ص 320.

4- راجع، المادة 178 فقرة 2 من ق.م. En ce sens, Fossereau(J), op.cit., p. 17, col.2.

5- Cass.civ1., 8 mars. 1965, Bull.civ.1, n. 168.- Cass.civ3., 22 avril 1980, Bull. civ. III, n 77 cités par: Liet-Veaux(G), Juris-Classeur, Construction. Fasc. 203.1, 1990, n 287, p. 26.

6- كان القضاء الفرنسي قبـل اعتـراف قانون 1978/01/4 بخاصية النظام العام للضمان العشري يرتب البطلان علـى الشروط المعفيـة كلية من الضـمان، بينما كان يقر بصحة تلك الشروط التي تحد منه فقط. راجع: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 322، 324.

Voir aussi dans le même sens, Fossereau(J), op.cit., p. 17, col.2.

7- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 187.

8- راجع مثلا، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 176.

وعلى ذلك، لا يجوز الاتفاق على ضمان سلامة المنشـأة لأقل من المدة المحـددة قانونا[1] إذ يعـد ذلك من قبيـل الشـروط المحـددة من المسؤولية العشـرية للمشيـد، وفـي هـذا الصـدد قضـت محكمـة استئنـاف نانسـي بأنه: " لا يمكـن للمقـاول لأجل التحـلّل من مسؤوليتـه عـن العيب الذي ظهر فـي العمل خلال العشر سنـوات التالية لتسلمه أن يتذرع بأنه لم يتعهد بضمانه في العقد إلا لمدة ثلاث سنوات فقط"[2].

كما لا يجوز قصر الضمان على بعض الأعمال أو العيوب، أو على مهندس أو مقاول دون آخر[3].

ولكن يجوز التنازل عن الضمان بعد تحقق سببه[4]، لأن رب العمل لا يمكنه أن يعـرف وقت التـسلم بمقـدار هذا التنـازل ومـداه، فضلا عن أن ذلك الاتفاق من شأنه أن يعرض السلامة العامة للخطر، لأنه يسمح للمشيدين بإقامة منشآت معيبة أو لا تصمد إلا لوقت قصيـر، وفـي هذه الحـالة، يجـب علـى الملتـزم بالضـمان أن يتمسك بالنزول عنه، وليس للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه[5].

الفرع الثاني: تقرير مبدأ التضامن بين المدينين بالضمان العشري:

إن التضامن بين المدينين لا يفترض إلا إذا وجـد اتفاق أو نص في القانون يقضـي بذلك[6]، وتطبيقا لذلك نص المشرع فـي المـادة 554 من ق.م على التضامـن فـي المسؤوليـة

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 178.

2- Nancy 25 seb. 1980, G.P.1981, 1, som, p. 28 cité par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 327، هامش رقم: (43).

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 178، 179.

4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 375.

5- Civ.23 fév. 1966, Bull.civ.I, p.101 cité par: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 132، هامش رقم :(21).

6- راجع المادة 217 ق.م.

العشرية بين المهندس المعماري والمقاول عما يلحق المباني والمنشآت التي قاما بتشييدها من تهدم كلي أو جزئي، أو عما يظهر بها من عيوب جسيمة خلال العشر سنوات، ابتداء من وقت تسلمها بصفة نهائية.

وعلى العكس من ذلك، لم يقرر القانون الفرنسي هذا المبـــــــــدأ فـــي نطاق المسؤوليـــة العشريـــــة وقد ذهب جانب من الفقه في هذا الاتجاه، معتبرا أن المهندس المعماري والمقاول يرتبط كل منهما مع رب العمل بعقد مختلف عن الآخر، وبالتالي، فإن مسؤوليتهما ليست تضامنية فيسأل كل منهما عن خطئه الشخصي، ومن الممكن أن يرتكب أحدهما عدم حيطة أو إهمـــــــــالا[1].

والحقيقة هي أن الأضرار الناتجة عن عيب في التشييد تكون في الغالب نتيجة خطأ مزدوج، فعندما لا ينبـــــه المقاول رب العمل أو المهندس المعماري إلـــى عيـــــــب التصميـــــــــم خاصـــــــة إذا كان قد اكتشفه خلال تنفيذ الأشغال، أو عندما يراقب المهندس المعماري الأشغال المعيبة للمقاول بشكل غير كاف[2]، فكلا الخطأين ساهما في إحداث كامل الضرر، وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بالتضامن[3]، وقد تقررت مسؤولية مقاولين اشتركا معا بخطئهما في إحداث كل الضرر[4]، وفي قضية أين تم إقرار مسؤولية المقاول وحدها[5].

ولاشك أن الهدف من التضامن المفروض على عاتق المقاول والمهندس المعماري بالمادة 554 من ق. م إنما هو استحداث رقابة متبادلة فيما بينهما، فيكـون كل منهما رقيبـا على عمـ ـ ـ ـ ـ ـ ل

- -

- -

1- Mazeaud(H et L, J), Leçons de droit civil : principaux contrats, op.cit., p. 575.

2- Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 575.

3- Civ1, 14 oct.1958 cité par : Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 575, note(2).

4- Civ1, nov. 1960, 1er arrêt, Gaz. Pal.1961.1.83 ; cité par : Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 575, note(3).

5- Civ1, 7 avril 1965, Gaz. Pal.1965.2.41 cité par : Mazeaud (H et L, J), Ibid., p.575, note(3).

الآخر، مما يؤدي هذا إلى تلافي احتمال وقوع الأخطاء في التنفيذ، نظرا لارتباط عمل الواحد منهما بعمل الآخر، فيكمله[1].

ونذكر في هذا الصدد بأن المشرع الجزائري يشترط في المهندس المعماري الذي يعهد إليه بإدارة الأعمال والرقابة على تنفيذها ألا يكون تابعا للمقاول سواء كان أجيرا لديه أو مقاولا متعهدا نحوه، وإن كان لا يوجد ما يمنع قانونا أن يكون مكلفا بمهمة إعداد المشروع الهندسي، ولعل فرض مثل هذا الحظر الغرض منه هو خلق رقابة متبادلة بين الطرفين، لأجل تنفيذ الأشغال على نحو مرض[2].

وبالرغم من الفائدة المذكور للتضامن إلا أنه لا يخلو من مساوئ خاصة بالنسبة للمهندس المعماري[3]، ذلك أن الخلل الذي يظهر في المنشآت يغلب أن يكون راجعا لسوء التنفيذ من جانب المقاول، ومع ذلك قد يتحمل عواقبه المهندس المعماري متى كان مشرفا على التنفيـ ـ ـ ذ وهذا طبقا لقرينة المسؤولية الملقاة على كاهله بموجب التضامن المقرر بالنص المذكور.

ومقتضى هذه القرينة أنه سيكون "مسؤولا تلقائيا عن أخطاء التنفيـذ" ما لم يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي[4].

ونتيجة لذلك، لا يسأل المهندس المعماري عن خطئه الشخصي فقط، بل يسأل عن أخطاء المقاول[5] أيضا، على الرغم من عدم اختياره له، بل يغلب أن يكـ ـ ـون مفروضا عليه من قبل رب

1- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 157.

2- راجع المادة 13 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1988/05/15، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

3- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 302.

4- نفس المرجع والصفحة.

5- لذلك يقترح أحد الباحثين فصل المسؤولية التضامنية حتى لا يسأل كل طرف عن أخطاء الآخرين. راجع: إبراهيم يوسف "المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول طبقا للمادة 554 من القانون المدني الجزائري" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الجزء الثالث، 1995، ص 670.

العمل[1].

وبالرغم من عدم وجود نص في القانون الفرنسي على التضامن بين المقاول والمهندس المعماري إلا أن القضاء الفرنسي لم يمنعه ذلك من التصريح بإدانة أي منهما بكل التعويض[2] لكن ليس على أساس تضامني وإنما في إطار تضاممي[3].

ولكن يشترط لتقرير المسؤولية التضاممية بين المهندس المعماري والمقاول أن يكون هناك خطأ مشترك بينهما وإلا أستبعد الالتزام التضاممي، ويسأل كل واحد منهما عن الأضرار التي تنسب إليه[4]، وهذا الذي لم يكن القضاء الفرنسي يتحراه، فلم يكن يفرق حسب طبيعة المسؤولية ولا وفقا للأخطاء المرتكبـ ـ ـ ـ ـة، مشتركة أو منفصلة، معتبرا كل واحد منهما قد أحـ ـ ـ ـ ـدث كـ ـ ـ ـل الضرر، ويجب عليه إصلاحه كاملا[5].

وعلى العكس من ذلك، أقر القضاء الإداري الفرنسي التضامن في المسؤولية العشرية بين المقاول والمهندس المعماري في حالة ارتكابهما لخطأ مشترك، ساهم فـ ـي تحقيق كامـ ـ ـ ـ ـ ـ ـل الضرر[6].

ويلاحظ على هذا القضاء أنه يجعل المهندس المعماري مسؤولا أحيانا بصفة تضامنية مع المقاول المسؤول المباشر عن عيـ ـ ـ ـوب التنفيذ، وذلك فـ ـ ـ ـ ـي حالة إخلاله الجسيـ ـ ـ ـ ـم بالالتـ ـ ـ ـ ـزام بالرقابة

- -

- -

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 303.

2- نفس المرجع، ص 305.

Voir aussi, Liet-veaux(G), Juris-classeur, Construction.Fasc.203-1, 1990, n 304, pp. 27, 28.

3- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 305، 306.

4- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 158.

راجع في نفس المعنى، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 96.

5- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 158.

6- V. par ex : C.E. 17 mars 1967 A.J.D.A. 1967, p. 565, n 148 et obs.Laporte(P) ; C.E. 23 avril 1969, A.J.D.A. 1969, p. 314, n 88 ; C.E. 29 juin 1973 A.J.D.A. 1974, p. 108, n 27, note Moderne cités par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 313، هامش رقم:(44).

على الأعمال، بينما يجعله مسؤولا بصفة احتياطية إذا كان إخلاله بهذا الالتزام يسيرا، مما يعني أنه لن يكون ملتزما بتعويض صاحب البناء إلا إذا كان المقاول معسرا[1].

كما يشترط كذلك لإقرار المسؤولية بالتضامن حدوث ضرر واحد، أي وحـ ـ ـ ـدة الضرر حتـ ـ ـ ـ ـ ـى ولو تعددت أسبابه[2]، وألا يحتج أحد المشيدين بالسبب الأجنبي الذي ينفي المسؤولية المفترضة التي تثقل كاهله[3].

ويرى جانب من الفقه المصري في هذا الصدد بأن التضامن المنصوص عليه في المادة 651 مدني مصري المقابلة للمادة 554 مدني جزائري هو تضامن في الضمان وليس في المسؤولية(4)، لأن هذه الأخير لا يقوم إلا إذا صدر من كل واحد من المسؤولين خطأ، وأن يساهم هذا الخطأ في إحداث نفس الضرر(5).

وعلى ذلك، إذا لم يكن الخطأ مشتركا، فلا يوجد هناك تضامن، ولا يمكن الرجوع عندئذ إلا على المخطئ وحده(6).

أما التضامن في الضمان، فيقوم بمجرد ظهور العيب في البناء أو تهدمه، ولا يشترط لذاك صدور خطأ من جانب المدعـــــى عليـــــــه(7)، وتلك هـــــــي ميـــــــزة التضامن فـــــي الضمـــــــان(8)، ولعــل

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 314.

2- Cass.civ., 23 janv.1974, D. 1974.IR.112 cité par : Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 872.

3- Cass.civ., 25 janvier 1978 cité par : Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), Ibid., p. 872.

4- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 95.

5- نفس المرجع والصفحة.

6- نفس المرجع، ص 96.

7- يبدو أن صاحب هذا الرأي يخلط بين افتراض المسؤولية وخاصيتها التضامنية، وعلى ذلك، فقيام المسؤولية العشرية لا يتطلب سوى إثبات تحقق السبب الموجب لها، أي حدوث تهدم في البناء أو ظهور عيب جسيم فيه خلال مدة الضمان، أما التضامن في المسؤولية العشرية، فيقصد به إمكان مطالبة رب العمل بالضمان(التعويض) من أي مشيد أو متدخل(مشارك) في البناء، ولكن هذا يتطلب صدور خطأ مشترك منهم ساهم في إحداث.

8- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 96.

هذا ما جعل صاحب هذا الرأي ينتهي إلى القول بأن التضامن في الضـــمان أقوى من التضامن في المسؤولية.

ويترتب على التضامن المقرر بالمادة 554 من ق.م أن يسأل المشيد الذي أقيمت عليه دعوى المسؤولية عن كامل الدين بغض النظر عن رجوعه ضد المدين(المشارك) الذي ساهم معه في إحداث الضرر[1]، ونفس الشيء إذا كان رجوع رب العمل على المدين المساهم غير مجدي، كما لو كان هذا الأخير معسرا [2].

ومبرر ذلك، أن التضامم(التضامن) يقوم على افتراض أن كل واحد من المدينين المشاركين يسأل عن كل الدين، كما لو كان دينه الخاص[3]، طالما أن المسؤولية التضامنية تنتج عن واقعة أن المشيدين شاركوا في إحداث الضرر، وهذه المشاركة تكون واضحة على الخصوص عندما تكون المسؤوليات المثارة مفترضة(الضمانات القانونية،..)، وبالتالي يمكن لرب العمل الرجوع على هذا أو ذاك، ومطالبته بالتعويض الكامل للضرر[4].

وفـــــي كـــل الأحـــــوال، يكـون المقاول والمهندس المعماري مسؤولين بالتضامن فـــي مواجـــهة رب العمل، مما يسمح لمن دفع التعويض منهما بالرجوع على الآخـــــــر بكـل ما دفعه أو بجــــزء منـــــــه، وذلك في حدود مساهمته في إحداث الضرر[5]، وهذا طبقا للاتجاه الحالي للمحاكم الفرنسية بعدم إقرار مسؤولية كل واحد إلا في حدود مهمته، غير أن هذا الرجوع يبقى خاضعا للقانون العام[6]، بمعنى أن المشيد الذي عوض الضحية يمكنه ممارسه حقـوق هذا الأخيـــر فـــــي

1- Cass.civ. 31 mai 1978, Bull.III, n 320 cité par : Boubli(B) et Kurgansky (A) et Stemmer(B), op.cit., p. 873.

2- Boubli(B) et Kurgansky (A) et Stemmer(B), Ibid., p. 873.

3- Ibid, p. 873.

4- Ibid, p. 872.

راجع أيضا في نفس المعنى، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 93، 94.

5- En ce sens, Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., pp. 159, 160.
6- Ibid., p. 158.

دعواه ضد المشيد المسؤول الحقيقي(دعوى الحلول) [1]، ولكن يجب عليه إثبات الخطأ في جانبه طبقا للقواعد العامة[2].

وعلى الرغم من أن القانون العام للمسؤولية المدنية يمنح أساس حلولي بالنسبة للرجوع فيما بين الفاعلين المشتركين، فإن الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية أسست رجوع المشيدين فيما بينهم على دعوى شخصية[3]، وهذه الدعوى هي تلك المتولدة عن العقد الذي يربطهم، وفي حالة غياب رباط تعاقدي، فإن الدعوى تكون مؤسسة على المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة 1382 وما بعدها المقابلة للمادة 124 المعدلة من ق.م، لأن المشيدين يعتبرون من الغير فيما بينهم، نظرا لارتباطهم مع رب العمل بعقود منفصلة[4].

ولكن هل يجوز اشتراط عدم التضامن المفروض بالمادة 554 من ق.م ؟

لاشك أن التضامن المنصوص عليه بالمادة 554 من ق.م إنما تقرر لحماية رب العمل غير الخبير بفن البناء، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعاده، كما أن مثل هذا الاشتراط يعد من قبيل الاتفاقات المحددة من المسؤولية العشرية[5]، وبالتالي يكون باطلا، لأنه يتنافى مع الغرض الذي تقررت لأجله أحكام هذه المسؤولية.

ويمكن تبرير بطلان عدم التضامن كذلك استنادا إلى خصوصية العمل التشييدي التي تستلزم مساهمة أكثر من متدخل في تنفيذه، وهو ما يقتضي أن يكون هؤلاء ملتزمين تجاه رب العمل بالتضامن عن تعويض الضرر اللاحق بالمنشأة، لأنه يصعب على رب العمل فـ ـ ـ ـ ـ ـي مثـ ـ ـ ـ ل

- -
- -

1- Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 873.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 97.

3- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 158. Voir dans le même sens, Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 873.

4- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 158.

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 178، 179.

هذه الحالة، إثبات خطأ كل واحد منهم بسبب تعدد المشاركين في البناء من جهة، والطابع الفني للأخطاء التي تصدر منهم من جهة أخرى، أما هم فيما بينهم، فهذا أمر هـ ـ ـ ـم أقدر على معرفتـ ـ ـ ـه وإثباته أمام القضاء الذي يتولى توزيع المسؤولية بنسبة خطأ كل منهم[1].

ولكن، هل يقتصر التضامن المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني على المهندس المعماري والمقاول فقط أم أنه يشمل غيرهما من المتدخلين في تشييد المنشأة أيضا؟ لعل السبب الذي جعل المشرع يحصر التضامن بين المهندس المعماري والمقاول دون غيرهما يرجع إلى فكرة الارتباط الفعلي بين عمل أحدهما وعمل الآخر من الناحية العملية، مما لا يمكن معه تقدير مسؤولية أي منهما بمعزل عن مسؤولية الأخر، فكثيرا ما تكون عيوب البناء(سوء الصنعة) نتيجة خطأ مشترك من جانبهما[2]، ولا ينفي التضامن الموجود بينهما ارتباط كل منهما مع رب العمل بعقد مستقل[3].

وعلى ذلك، يجب أن يكون التضامن قائما بين المهندس المعماري والمقاول احتراما لصراحة النص المقرر له، غير أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على مد التضامن إلـ ـ ـ ـى متدخليـ ـ ـ ـن آخـ ـ ـ ـ ـرين والملزمين بالضمان كالمراقب الفني مثلا تطبيقا للمادة 217 من القانون المدني[4] ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحا، طالما أنه يهدف إلى الزيادة في الضمان العشري وتقويته غير أن البعض يعتبر الضمان العشري حكم استثنائي يجب عدم

التوسع في تطبيق أحكامه طبقا لقاعدة أن الاستثناء يجب عدم التوسع في تفسيره، كما لا يجوز القياس عليه[5].

ويترتب على اعتبـــــــــار مسؤوليـــة المهنـــــدس المعماري والمقاول مسؤوليـــــــة تضامنيــــــــــة، أنـــه لا

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 97.

2- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p. 575.

3- Ibid., p. 575.

4- التضامن في نطاق المسؤولية العقدية لا يفترض ما لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يقرره.

5- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 158، 160.

يكفي لكي يتخلص أحدهما من مسؤوليته تجاه رب العمل إثبات خطأ الآخر، على الأول إذا لم يتمكن من إقامة الدليل على أن هذا الخطأ هو الخطأ الوحيد للضرر، بمعنى كان غير متوقـــع وغير ممكن الدفع[1].

فإذا ثبت خطأ ضد هذا وذلك، فقد اتجه القضاء إلى تقسيم المسؤولية في علاقاتهما المتبادلة حسب مدى جسامة كل من الخطأين، وعندما يكون خطأ أحدهما ثابتا، فإن مسؤولية الآخر تكون مفترضة، ويتحمل الأول في علاقاتهما المتبادلة كل عبء المسؤولية، وعندما تكون مسؤولية كل واحد منهما مفترضة أين لا يتمكن كل منهما من إثبات خطأ الآخر، فإن المسؤولية في علاقاتهما المتبادلة تقسم بينهما بالتساوي[2].

ولا يلزم المالك بإثبات الخطأ في حالة الخطأ المزدوج، لكي تتقرر المسؤولية وفقا لأحكام المادة 1792 ق.م. المقابلة للمادة 554 مدني حتى ولو قررنا بأن مسؤوليـــة المهندس المعماري والمقاول تقوم بالتضامم[3].

1- Mazeaud (H et L, J) Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p. 575. Voir en ce sens, Malinvaud (ph) et Jestaz (ph), op.cit., pp. 157, 158.

2- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., pp. 575, 576.

3- Ibid., p. 575.

الفرع الثـالث: افتراض الضـمان العشـري:

لقد افترض المشرع منذ البداية المسؤولية الملقاة على عاتق المقاول والمهندس المعماري بموجب المادة 554 من ق.م افتراضا قاطعا، وهذا على عكس الوضع في القانون المدني الفرنسي الذي لم يكن قد قررها صراحة إلا بصدور قانون 1978.

وعليه نبدأ أولا بتقرير هذه القرينة في القانون الفرنسي**(أولا)** باعتباره المصدر التاريخي لها لنعرض بعدها إلى مضمونها**(ثانيا)،** وكيفية نفيها**(ثالثا).**

أولا- تقرير قرينة المسؤولية العشرية:

يختلف نـــــظام الإثبات المطبق على الضـمان العشري عن ذلك النـــــظـام الذي يحكـــــم المسؤوليـــــة التعاقديـة للقانون العام لأجل العيوب

الوسيطة[1]، أي العيوب الأخرى التي لا تتوافر على خصوصيات الضرر الموجب للضمان العشري.

إنه أولا وقبل كل شيء من الظلم فـي قانون العقـود اعتبـار مسؤوليـة القانون العام بأنها مسؤولية تقـوم علـى الخطأ الثابت، بل أن الإثبات في هذا المجـال يستعيـر نظامه من طبيعة الالتـزام، ومسؤوليـة القانون العـام فـي مجال البنـاء العقـاري تتفق ومسؤوليـة القانون العام لعقـد المقاولة[2].

والقاعدة العامة ليس الدائن بالخدمة في المقاولة هو الذي يتحمل عبء إثبات خطأ المقاول، بل إن المقاول هو الذي يجـــــب عليه إثبات السبب الأجنبـــــي لإعفائه من المسؤوليـــــة[3]

1-Boubli (B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1981) », op.cit., p. 5, col. 2.

2- Boubli (B), Ibid, p. 6, col 1.- Voir aussi en ce sens, Liet-Veaux(G), Juris-classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n 45, p. 7.

3- En ce sens, Cass. Civ1, 16 juin 1982 : Gaz. Pal. 1982, 2, pan. Jur. 328 cité par : Liet-Veaux(G), Juris-classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n 45, p. 7. – Voir aussi, Mazeaud (H et J, L), Leçons de droit civil : contrats spéciaux, op.cit., p. 570.

لأن المقاول هنا يتحمل التزام بنتيجة بإجمـاع الفقهاء واتجاه القضاء الغالب في هذا المعنى[1].

ولكن يجب على رب العمل أن يثبت عيب في التشييد، غيـر أنه لا يتحمل الخطأ الذي يعتبر السبب الذي أدى إلى وقوع العيب في البناء[2]، فالمقـاول هـو الذي يجب عليه إثبات السبب الأجنبي لكي يتخلص من مسؤوليته، وهذا على غرار المبدأ العام في القانون العام

لعقد المقاولة، إذ لا يوجد أي سبب قوي لعدم تطبيق هذا المبدأ كليا وبكل بساطة على عقد مقاولة أشغال البناء[3].

إن المقاول تثور مسؤوليته إذن بقوة القانون سواء كانت عشرية أو لا، لأنه فـي كـل الحـالات يعد مخلا بالتزام بنتيجة، هي تسليم شيء خال من العيـوب[4]، وفضـلا عن ذلك وافقت محكمة النقض الفرنسية الغرفة الثالثـة على هـذا الاتجـاه بدون تحـفظ، حيـث قضـت حـول حـالة مقـاول من الباطن الذي نعلم بأنه لا يخضـع للضمان العشري، معتبرة بأنه يتحمل التزام بنتيجة[5].

أما بالنسبة للمهندس المعماري، فقد ثار خلاف حول طبيعة التزامه، هل هو التـزام بنتيجة أو بوسيلة، ومن ثـم هل يتوقف الأمر حتى تقوم مسؤوليته على إثبات خطئه، فقيل بأن المهندس المعماري على خلاف المقـاول لا ينصب التزامه على شيء مادي، وبالتالي، فإنه لا يتحـمل سوى التـزام بوسيلة [6].

1- Boubli (B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1981) », op.cit., p. 6, col.1.

2 – Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op. cit., pp. 569, 570 .

3 – Mazeaud (H et L, J), Ibid., p. 570.

4- Boubl(B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1981) », op.cit., p. 6, col.1- Voir aussi, Fossereau(J), op.cit., p. 23.

5- Civ3., 3 déc. 1980, J.C.P. 1981.IV.68 cité par : Boubli(B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1981) », op.cit., p. 6, col.1-2

6- Boubli (B), Ibid., p. 6, col. 2.

وقد قرر الاجتـهاد القضائي الفرنسي في السابق بأن المهندسين المعماريين لا يسألون إلا عن خطئهم الثابت[1]، حيث كان يعتبر بأن المادة 1792 ق.م حكم استثنائـي، استحـدث

قرينة المسؤولية فـي مواجهة المهندسين المعماريين والمقاولين، وهـي قرينة لا تسقط إلا أمام إثبات السبب الأجنبي، لكنه استثنى المهندس المعماري من الخضوع لهذه القرينة، لأنه لا يمكنـه التعاقد علـى أساس جزافـي، وبالتالـي، فإن مسؤوليته تخضـع للقواعد العامة للمسؤوليـة التعاقدية من حيث إثبات الخطأ[2].

وبذلك لم يكن المهندس المعماري بخلاف المقاول يخضع لقرينـة المسؤوليـة فـي ظل القانون المدني القديم(1967) على اعتبـار أنه مهني، وبالتالي لا يمكنه وفقـا لقواعد مهنته أن يبرم صفقـة جزافية، ونتيجة لذلك، فإن المادة 1792 مدني القديمة لا يمكن أن تنطبق عليه[3]، لكـن الاجتهاد القضائـي لم يتردد مـع ذلك فـي افتراض خطأ المهندس المعماري متـى أخل هذا الأخير بالتـزامه بالرقابـة، ومن ثم ارتكـاب الخـطأ الذي لا يمنـع وقـوع سـوء الصنعة(النقـائص)[4]، وقـد أدانت محكـمة النقـض الفرنسية القرارات التـي أعفت المهنـدس المعماري دون أن تبحث ما إذا أمكن نسبـة الإخـلال بالرقابة إليه[5].

غير أن قانون 3 جانفي 1963 ألغى فـي المـادة 1792 مدني الإشـارة إلـى «Marché à prix fait» " الصفقة على أساس جزافي"، وبالتالي القضـــــاء على هذا التفسيـــــــر[6]، والتصــــــدي

1- Civ1, 5 avr. 1965, JCP 1965, II, 142261.

2- Mazeaud(H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p. 563.

3- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 133. En ce sens, Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p. 570.

4 -Voir les arrêts cités par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 133, note(5).

5- Civ3., 27 févr. 1970, Bull. civ.III, n 155 (1) cité par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), Ibid., p.134.

6- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p. 570. Voir dans le même sens, Saint-Alary(R), op.cit., p. 120.

للاجتهاد القضائـي الذي كان يربط مسؤولية المهندس المعماري بإثبات الخطأ وإخضاعه إلى جانب المقاولين وباقي مؤجري العمل الآخرين لنفس قرينـة المسؤولية[1] .

وبتغير الاجتهاد القضائي من هذه المسألة، أدانت Haute juridiction Judiciaire التفرقة السابقة، حيث أخضعت المهندس المعماري على غرا ر المقاول لنفس قرينة المسؤولية[2]، لأن المادة 1792 من القانون المدنـي لا تفرق بين المقـاول والمهندس المعماري طبعا متـى أبرمت الصفقـة علـى أساس جزافـي[3]، وفي أحد القرارات الهامة 21 فيفري 1979، قضت بأن المادة 1792 ق.م في صياغتها لقانون 1967، كما في صياغتها السابقة، تطرح قرينة المسؤولية التي لا يمكن استبعادها إلا بإثبات الأجنبـــي"[4]، ومنــــذ ذلك، أصبــــح المهندسون المعماريون يخضعــون لذات قرينة المسؤولية التي يخضع لها باقي مؤجري العمل الآخرين[5].

وأخيرا، فإن قانون 4 جانفي 1978 كرس صراحة قرينة مسؤولية المشيدين في المجال العشري[6]، غير أن قانون 1978 وصف هذه المسؤولية بأنها ***"بقوة القانون"***، وأوضح بأنها لا تسقط إلا أمام إثبات السبب الأجنبي، وعبر المشرع بوضوح في المادة 1792-2 مدني بأن الأمــر يتعلــق **"بقرينــة المسؤوليــة"**، وبذلك اختفــت تلك التفرقــة بقانــون 3 جانفــي 1963

1- Malinvaud (Ph) et Jesta(Ph), op.cit., p.134.

2- Civ3., 6 avr. 1976, Bull. civ. III, n 131 ; 23 mars. 1977, Bull. civ. III, n 153 ; 27 avr. 1977 Bull.civ. III, n 177cités par : Malinvaud (ph) et (Ph) Jestaz(ph), Ibid., p.134, note(3).

3- Boubli(B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux », op.cit., p. 5, col. 2.

4- Civ3., 21 févr. 1979, Bull. civ. III, n 46 cité par : (Ph) Malinvaud et (Ph) Jestaz, op.cit., p. 134, note(4).

5- Civ. 20 janv. 1982, RDI 1982, p.386 ; 14 déc. 1983, Bull. civ. III, n 261 cités par : (Ph) Malinvaud et Jestaz (Ph), Ibid., p. 134, note(5).

6- Boubli(B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux », op.cit., p. 5, col. 1.

وبالتالي، فإن المسؤولية العشرية مفترضة دائما[1]، وفي هذا المعنى، صرح مجلس الدولة الفرنسي بقرار جماعي في 2 فيفري 1973، ..." أن الأمر يتعلق "بضمان" لا يمكن استبعاده إلا في حالة القوة القاهرة أو خطأ رب العمل"[2].

ولكن ما هو مضمون هذه القرينة، وكيف يمكن دحضها؟

ثانيا: مضمون قرينة المسؤولية العشرية:

تنص المادة 554 فقرة أولى من ق.م على أن المهندس المعماري والمقاول يسألان بالتضامن خلال العشر سنوات من وقت الاستلام النهائي عما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فـي الأرض ذاتها، كما تمتد مسؤوليتهما أيضـا لتشمل العيـوب التي تمس سلامة البناء ومتانته. وينتج عن ذلك، أن المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري تجاه رب العمل تقوم بمجرد حـدوث تهدم كلي أو جزئي فـي البنـاء، أو ظهور عيب مؤثر فيه، خـلال مدة الضـمان دون حاجـة إلـى إثبات وجود الخـطأ، مما يعنى افتراض المشرع له في جانب المقاول والمهندس المعماري متى تحقق سبب الضمان خلال المدة المحددة قانونا.

وعلـى ذلك، فمجـرد ظهور عيـب بالمبنـى يعد قرينـة علـى تقصير المقـاول فـي تنفيـذ التزاماته وخطأ المقاول يعد في حـد ذاته قرينة على إخلال المهندس المعماري في القيام بواجب الرقابة على الأشغال[3]، ولعل مبرر هـذا الافتراض يرجع إلـى كون طبيعة التـزام المقـــــاول والمهنـــــــدس

1- Boubli (B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux », op.cit., p. 5, col. 1.

2- De laubadère(A) et Gaudemet(Y), op.cit., p. 423. Voir aussi, Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 134.

3- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 133.

المعماري هو التزام بنتيجة[1]، وفـي هـذا السياق يقرر القضاء الفرنسي بأن التـزام المـقاول كالتـزام المهندس المعماري بالضـمان هو التزام بتحقيق نتيجة، هـي بقاء البناء متينا خلال المدة المحددة لذلك[2]. وحسب تعبيـر جانب من الفقه التقليدي الفرنسي، فإن مجرد وجود عيب في البناء يعد دليلا على تقصير المهندس المعماري في الرقابة[3].

وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها، إذ جاء فيه: " بأن التزام المقاول بضمان سلامة ما نفـذ من الأعمال يتحقق بمجرد ظهور العيب في البناء خلال العشر سنوات من وقت تسلمه ولو لم تنكشف آثار العيـب وتتفاقم، أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة"[4].

فالتـزام المقـاول بضمان المتانة كما ذهبت إليـه محكمة النقض المصـرية فـي حكمها السابق الذكـر، هو التـزام بنتيجـة، وأن الإخـلال به يقـوم بمجـرد عدم تحقق تلك النتيجـة دون حاجـة لإثبـات خطأ ما[5]، وبالتالي يكون المقـاول مسـؤولا بمجـرد حصـول التهدم أو ظهور العيب فـي البنـاء ما لم يثبت أن ذلك كان راجـعا إلـى سبب أجنبي[6]، ونفس الشيء بالنسبة للمهندس المعماري.

1- En ce sens, Malinvaud(Ph) et Jestaz, op.cit., p. 135.

2- Cass.civ.19 déc. 1984, G.P.1985, panor. p.133 cité par : عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 155، هامش رقم: (2).

3- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 197. Voir aussi, Cass. Civ1., 16 juill. 1889 : D.P. 90, I, 488 ; S. 90, I, 350 Cité par : Liet-Veaux(G), Juris-classeurs, Construction, Fasc. 203-1, 1990, n. 30, p. 6.

4- راجع، نقض مدني 1989/06/12، مجموعة أحكام النقض، س 40 رقم 256، ص 573- أنظر كذلك، نقض مدني 1970/6/23، مجموعة أحكام النقض، س 21، رقم 171، ص 1067 مشار إليهما في: عمرو طه بدوي محمد علي مرجع سابق، ص 155، هامش رقم:(3).

5- عمرو طه بدوي محمد علي، نفس المرجع، ص 155.

6- نفس المرجع والصفحة.

وحتـــــــى يفترض الخطأ فــــــــي جانب المقاول أو المهندس المعماري، يجـــــــب على رب العمل وهو الدائن بالضمان، أن يثبت وقوع الضرر (تهدم البناء أو تعيبه) خلال مدة الضمان دون أن يكون ملزما بإثبات السبب الذي أدى إلى حدوثه، فالمسؤولية العشرية تتحقق حتى ولو كان التهدم راجعا إلى عيب في الأرض ذاتها[1]. وبمعنى آخر، يجب على رب العمل أن يثبت عيب البناء، ولكن لا يتحمل إثبات الخطأ الذي يعتبر السبب الذي أدى إليه[2].

إذن، الإثبات ينصب حـول واقعة مادية، وهـي حادثة انهيار البنـاء أو تعيبه، أما السبب الذي أدى إلـى ذلك، فلا يلزم رب العمل بإثباته، فيكفي أن يستجيب الخلل للشروط القانونيـــة ولا يكون من الضروري إثبات أنه قد نشأ من عيب في البناء، إذ أن هناك قرينة واقعية (مادية) بأن الضـــــــرر نتج عنه[3]، وعليه، فإن الضمان العشري هو تلقائي، ولا يتطلب حتـى معرفة السبب الحقيقـي للخـلال[4]، وهذا ما أقره القضاء الفرنسي في هذا الحكم: "إن إعمال الضمان العشري للمشيد لا يستلزم البحث عن سبب الخلال"[5].

وترى المحاكم في المادة 1792 مدني فرنسي المقابلة للمادة 554 مدني قاعدة خاصة للإثبات، لكن هذا فقط في الحالات المشار إليها بهذا الحكم، أي النص أين لا يلزم رب

العمـل بإثبات خـطأ المهندس المعمـاري أو المقـاول، وخـارج مجال تطبيـق النص، يجب على رب العمل أن يثبت ليس فقط عيب في التشييد، بل عليه أن يثبت الخطأ[6].

1- Voir en ce sens, Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil: Principaux contrats, op.cit, p. 570.

2- Ibid., pp. 569, 570.

3- Boubli(B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux », op.cit., p. 6, col. 2.

4- Malaurie (ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p. 422.

5- Cass.civ.3, 1 décembre 1999, Bull. civ. III, n 320 : « La mise en jeu de la garantie décennale d'un constructeur n'exigeant pas la recherche de la cause des désordres » cité par : Malaurie(Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), Ibid., p. 422, note(32).

6- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p. 570.

كما ينصب الضمان العشري كذلك حـــــول الخـــــلال التـــــي من المحتـــــمل جـــــدا حدوثها(أضـــرار احتمالية)[1]، وبالمقابل إذا كان الخلل لا يستجيب للشروط القانونية، فإنه يبقى خاضعا، كما فـي مجـال البيـع، للإثبات المقدم من طرف العميل، بأنه يجد سببه في عيب في البناء، فلا يكون في مصلحة رب العمل عندما تكون المسؤوليـة خاضعة للقانون العام فالإيجابي لقرينة الواقعية أنها لا توجد إلا في مجال الضمان العشري[2]، وفـي هذا السياق تلقي المادة 1792 مدني فرنسي المقابلة للمادة 554 مدني جزائري بالضمان أي بقرينة المسؤولية عدا إثبات السبب الأجنبي علـى عاتق المشيدين، أمـا المادة 2270، فقد اكتفت بالتصريح بلفظ دعوى المسؤوليـة، وبالتالي، فإن المسؤوليات فـي إطـار المـادة 2270 مدني تفترض إثبات خطأ المشيدين[3].

وعلـى ذلك، إذا ما انقضـت مدة الضـمان برأت ذمـة المقـاول أو المهندس المعماري، ولا يعد هنـاك مجـال للرجوع عليه وفقا لقواعد الضمان العشري، ولكن يبقـى

من الممكن الرجـوع عليـه وفقـا للقواعد العامـة فـي المسؤولية العقدية، الأمر الذي يقتضـي معه إثبات وجود عيب فـي عملية التشييد ذاتها وليس مجرد عيب فـي البناء أو المنشأة[4].

وفضلا عن ذلك، فإن نطاق تطبيـق هذه المسؤوليـة جـد واسـع، إذ تطبـق مبدئيا علـى جميـع مؤجري العمل الذين تعاقدوا مع رب العمل وكانوا متدخليـن فـــــــي عملية البنـاء دون أن يتحـــــــــمل المدعـي تحـــــــديد أخطائهم كل واحـــــــــد على حـــــــــده، أو حتـى الجزء الذي ساهم فيـــــــــه كل منهم فـــــي

1- Cass. civ3, 29 janvier 2003, 2^{e} esp., Bull.civ.III, n 18 ; JCP. 2003. II.10077, concl. Guérin cité par : Malaurie (Ph) et Aynes(L), Gauthier (P.-Y), op.cit., p.422, note(33).

2- Boubli (B), « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux », op.cit., p. 6, col.2.

3- Liet-Veaux(G), Juris-classeurs, Construction, Fasc-202, 1984, n38, p.6.

4- إبراهيم عثمان بلال، تمليك العقارات تحت التشييد، ص ص 188، 189 مشار إليه في: سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 22، هامش رقم:(2).

البنـــــاء[1]، ويؤكـد الفقـه الفرنسـي أنه متـى توافرت جـميع الشـروط لتطبيـق الضـمان العشري مـن حيـــــــــث سببـــــــه ومدتـه، بالإضافـــــة إلـــــى وجــــــود عقــــــــد مقـاولة كقاعدة عامـــــة، فلا يمكـــــــن للمهنـــــــدس المعمـاري والمقـاول أن يتخلصا مـن مسؤوليتهما إلا بإثبات السبب الأجنبي[2].

وبذلك، فإن عبء الإثبات ينتقل بمجرد إثبات واقعة التهدم أو ظهور العيب الموجب للضـمان العشري من رب العمل إلى المقاول والمهندس المعماري.

ثالثا: نفي قرينة المسؤولية العشرية(الخطأ المفترض):

لا يكفي لنفي المسؤولية عن الضمان العشري أن يثبت أحد المشيدين خاصة المهندس المعماري أن التهدم أو العيب لم يكـن راجعا إلى خطئه، لأن الضمان العشري يقـوم علـى قرينة الخطأ المفترض، لذا يجب على المقاول أو المهندس المعماري إذا أراد أن يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يقدم الدليل على وجود السبب الأجنبي.

كما لا تنتفي مسؤوليتهما أيضا إذا ظل سبب التهدم أو العيب مجهولا[3].

وعليـــــه، يكون المقاول مسؤولا عن خلل البناء أو تهدمه ما لم يثبت وجود السبب الأجنبي[4].

وبمعنى آخر، لا تنتفي مسؤولية المشيد إلا إذا أثبت هـذا الأخيـر أن الأضـرار قد نشـأت عـن سبب أجنبـي[5]، وبالتالـي، فإثبات غياب الخطأ من جانبـه يكـون غير كاف، فلا يجـوز للمقـاول لكـــــي يدرأ المسؤوليـــــــة عـن نفسـه إثبات أن التـــــهدم أو العيـــــب كان بسبب خــــــــطأ من المهنــــــــدس

1- Civ3., 32 juin 2004, RDI 2004, p.5 cité par : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p. 134, note(6).

2- Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p.570.

3- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 175.

4- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 155.

5- وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي: Cass. civ3, 21 févr.1979, Bull. civ. III, n 46

المعماري في تصور المشروع أو عيب في التصميم[1].

وبالمقابل، لا يجـــــوز إعفاء المهندس المعماري من المسؤوليـــــــة، لأن النقائص كان سببها عيـب في التنفيذ[2].

فغياب خطأ المشيد لا يغني عن الالتزام بإثبات السبب الأجنبي[3]، كما أن احترام المعايير السارية المفعول لا يعفي المقاول[4].

ويجب عدم اعتبار الأمر الصـادر من المالك سببا أجنبيا، لأن المهندس المعمـاري فـي الواقع يجـب عليـه أن ينصح عميله ويرفض إتباع رغباته إذا كانت تنطوي بالنسبة للبناء علـى خطر ما[5]، كما يجب علـى المقـاول نفسه أن يرفض الامتثـال لأوامر المالك إذا قدر أنها خطيرة على الأقل إذا " كان المالك أو وكيله مشهور عنـه بأنه خبير فـــي مجال البناء[6]، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى حد تقرير بأنه يجب على المقاول أن يرفض تنفيـــــــذ الأشغـــال

1- Cass.civ3., 12 juill. 1988, JCP 1988, IV, 339, RDI 1989, p.56; 22 fév. 1989, JCP 1989, IV, 150; RDI 1989, p. 363 ; 25 jan. 1989, Bull. civ. III, n 8 ; 26 mai. 1994, JCP 1994, IV, 1873 cités par: Malinvad(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 141, note(5).

راجع أيضا، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص ص 155.

2- Cass.civ3, 27 mars 1985, arrêt n 510 cité par : Let-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction. Fasc.203-1, 1990, n 42, p. 7.

3- Cass.civ3, 10 jan.1973, Bull.civ III, n37; 16 fév.1983, Bull.civ III, n 48; 14 déc.1983, Bull.civ.III, n261; 23 nov.1988, 25 oct.1989 cités par: Let-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction. Fasc.203-1, 1990, n 44, p. 7.

4- Cass.civ3, 5 juill. 1989, Mon.T.P, 26 janv. 1990, p.52 cité par : Let-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction. Fasc.203-1, 1990, n 44, p. 7.

5- Civ1, 23 oct.1888, D.1889.1.90 ; civ1, 9 nov.1960, 1er arrêt, Gaz. Pal.1961.1.83 cités par : Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p.570, note(7).

6- Cass.soc.18 févr.1944, D.A.1944.J.63 cité par : Mazeaud (H et L, J), Ibid., pp.570, 571, note(8).

التي طلبها المهندس المعماري إذا بدت بوضوح غير ضرورية وغير ملائمة في نظر تقني خاصة متخصص في الأسمنت المسلح[1].

والواقع أن قابلية قرينة المسؤولية العشرية للسقوط أمام إثبات السبب الأجنبي ليست ميزة جوهرية مقارنة بالالتزامات المفروضة على المقاول طبقا للمادة 1147 ق.م فرنسي[2] المقابلة للمادة 176 من ق.م.ج.

وكقاعدة عامة ليس الدائن بالخدمة فـــــــي عقد المقاولة هـــــــو الذي يتحــمل إثبات خطأ المقاول، بل المقاول هو الذي يلزم بإثبات السبب الأجنبي لكي يعفى من المسؤولية[3].

والواقع أن المسؤولية العقدية للمشيدين تجاه رب العمل نجدها تمتد في شكل معين خلال عشر سنوات دون أن تتغير طبيعتها[4]، وقد شبه أحد القرارات في هذا المعنى المسؤولية بقوة القانون بالالتزام بنتيجة للمقاول[5].

1- Civ1., 9 nov. 1960, 2e arret, Gaz. Pal. 1961.1.83 cité par : Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit civil : Principaux contrats, op.cit., p.571, note(9).

2- Liet-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction.Fasc.203-1, 1990, n 45, p. 7.

3- Liet-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction.Fasc.203-1, 1990, n 45, p. 7.

4- V. Liet-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction.Fasc.203-1, 1990, n 46, p. 7.

5- Paris, 18 mars 1988, D.S.1988 cité par : Liet-Veaux(G), Juris-Classeurs, Construction. Fasc.203-1, 1990, n 46, p. 7.

المطلـب الثاني:

الطبيـعة القانونيــة للضمـان العشـري

اختلاف الفقه في فرنسا وكذلك في مصر حول تحديد طبيعة الضمان العشري، وسبب هذا الخلاف يرجع أساسا إلى أثر الاستلام وما إذا كان منهيا أو لا[1] للعقد المبرم بين المقاول أو المهندس المعماري ورب العمل. وفـي هذا الصدد، ظهرت ثلاثة آراء أساسية، الأول اعتبر الضـمان العشري مجـرد تطبيـق للمسؤوليـة العقديـة(**الفرع الأول**)، والرأي الثانـي، أضفـى علـى الضـمان العشري الطبيعـة التقصيرية، أي أنه اعتبـر الالتـزام بالضــمان العشري التـزاما قانونيا (**الفرع الثاني**)، بينما ذهب رأي ثالث إلى القول بأن الضمان العشري هو التـزام عقـدي قرره القانون(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: الضمان العشري ذو طبيعة عقدية:

يمثل هذا الرأي غالبية الفقـ ـ ـ ـ ـه سواء فـ ـ ـ ـي فرنسا أو مصـر، والضـمان العشري في نظرهم هـو مجـرد تطبيق بسيط للمسؤوليـ ـة العقديـ ـ ـ ـ ـ ـة[2] أي أنه نـ ـ ـ ـ ـوع منـ ـ ـ ـها[3]، وذلك بصرف النـ ـ ـ ـ ـظر عن الخصوصيـ ـ ـ ـ ـ ـة التـي يتسـم بها لاسيما ميزة النظام العام.

بل إن البعض من أنصـار هذا الاتجـاه، ذهب إلـى القول بأن المسؤوليـة العشرية ما هـي إلا مسؤوليـ ـ ـ ـ ـ ـة عقدية[4]، مصدرها العقد المبرم بين رب العمل ومن تعاقد معه(المهندس المعماري أو

1- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 272. راجع في هذا المعنى أيضا، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 143.

2- Lalou(H), La responsabilité civile, 3e éd, n 479 cité par : عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقــــــــــــــود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 133، هامش رقم:(2).

3- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 227. سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء (المقاولين والمهندسين)، مرجع سابق، ص 22.

4- سمير عبد السميع الأودن، نفس المرجع، ص 21، راجع كذلك في نفس المعنى، أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 132 . راجع أيضا:

المقاول)[1].

وبالأحرى، تنتج هذه المسؤولية عن سوء تنفيذ عقد المقاولة[2]، "وهـي تضع علـى عاتق الضامن سلامة البنـاء من المخـاطر التي يتعرض لهـا خلال فترة الضـمان، وهـو التـزام بتأميـن المخـاطر مستقـل عـن التزامـه بإقامـة أو تشييـد البنـاء"[3]، أي أن الضـامن يتحـمل بالتزاميـن تعاقدييـن منفصـل كل منهما عـن الآخـر، همـا: الالتـزام بإقامـة البنـاء، والالتـــــــــزام بالضمـــــــان[4]. وبصرف النظر عن ذلك، فهو التزام تعاقدي بتحقيق نتيجة، هي تشييد بناء خــــــال من العيوب التــــــــي تمس متانته وتعرض سلامته للخطر، وأن عدم تحقق هذه النتيجة يكفي لقيام مسؤولية القائم بالتشييد[5].

ويبرر أحد أصحاب هذا الرأي الطبيعة العقدية للضـمان العشري بأن الاستـلام لا ينهـي بذاته عقـد المقـاولة، تماما كما هو الحال في عقد البيع، " فلا أحد فيه قد أيد أن تسليم الشـيء المبيـع، ينهـي العلاقة العقدية بيـــــن البائـــــع والمشتـــــــري، وأن ضمان العيـــوب الخفيـــــة له طبيعــــــــة

- -

- -

Viney (G), op.cit., pp. 217, 218 note(34); Malinvaud(Ph) et Jestaz (Ph), op.cit., p.95 ; Saint – Alary(R), op.cit., p. 112; Mazeaud (H et L, J), Leçons de droit : Principaux contrats, op.cit., p. 569. Mazeaud (H), « Responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux », Mélanges Savatier, p. 645, V. spécialement n 1.

1- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 184.

2- Voir les auteurs cités par : Ripert(M) et Planiol(G), op.cit., p.187, note(2).

محمد عبد الرحيم عنبر، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها.

3- راجع، سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقـــــــع على عاتق بائــع العقار ومشدي البنـــــــاء المقاوليــــــن المهندسين، مرجع سابق، ص 21.

4- إبراهيم عثمان بلال، تمليك العقارات تحت التشييد، ص 187 مشار إليه في: سمير عبد السميع الأودن، نفس المرجع ص 22، هامش رقم:(1).

5- سمير عبد السميع الأودن، نفس المرجــع، ص 22. راجع في نفس المعنى كذلك، أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 132. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 236.

تقصيرية"[1].

وعلى أي حال، فالاستــلام حسب أنصــار هذا الرأي ليس له من أثر ســوى إعفــاء المقــاول من ضــمان العيوب الظاهرة بالمبنى، والتي لم يتم التحفظ عليها، أما العيــوب التــي لم تكن ظــاهرة عند الاستــلام، فلا يعفى المقــاول من ضمانها، ويلتزم بالضمان بشأنها طيلة المدة التي يحددها القانون لاختبار متانة البناء وخلوه من العيــوب.

وننوه في هذا الصــدد، بأن الاستلام لا يكون له أي أثر منهي في عقد البنــاء والمنشآت الثابتة لأن هذا العقد لا يمكن التثبت، نظرا لتعلق محلــه بالبناء العقاري، من حسن تنفيذه بصفة نهائية لحظة الاستلام[2]، بل لابد من الانتظار فترة معينة من الزمن بعد الاستلام لكي يتم التأكد من ذلك[3].

كما برر جانب من الفقه ممن ينتصرون لهذا الرأي، بقاء المهندس والمقاول مسؤولين بالضمان العشري إلى ما بعد الاستلام بناء على طبيعة محل التزام كل منهما

تجـــــــاه رب العمل، وتفصيل ذلك عنده، أن العقود التي يكون محل الالتزام فيها القيام بعمل، تتضمن مرحلتين: الأولى هـــــــي مرحلة تنفيذ الالتـــــــــــزام، أما المرحلة الثانية، فهي مرحلة التحقق من جـــــــــودة هذا التنفيذ، ومدة هذه المرحلة هـي مدة الضمان، وهذا يصدق على عقد المقاولة صدقه على عقد البيع[4].

1- Mazeaud (H et L, J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, op.cit., pp. 81,82.

راجع في هذا المعنى أيضا: إبراهيم بلال، تمليك العقارات تحت الإنشاء، مشار إليه في: سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقـــــــع على عاتق بائــع العقار ومشدي البناء المقاولين المهندسين، مرجع سابق، ص 21، هامش رقم:(1).

2- راجع في هذا المعنى، عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص261، كما ساق هذه الحجة أيضا:

Saint-Alary(R), J.C.P 1968, n 66 p. 306 cité par: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 276، هامش رقم: (306).

3- يفيد الاستلام تنفيذ المقاول لالتزامه بإنجاز الأشغال، ولا يعني حسن التنفيذ.

4- Boubli(B) cité par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 276، هامش رقم:(305)

واستلام المنشأة (الأعمال) لا يغير من الطبيعة القانونية للالتـــــــزام بالضمان العشري فالالتـــــــــزام العقدي على حد تعبيـر السـادة مـازو " يظل محتفظا بطـابعه هـذا إلـى غايـة التنفيـذ الكـــــــــــــامل"[1]، كمـا قرر البعض بأن الضـمان العشري هو مسؤوليـــــة عقدية، تخضـع لنظـام خاص، ولكن لا يغيـر هذا النظام من طبيعتها، فهي تظل مسؤولية مبنية على عقد أسيئ تنفيذه[2].

وبذلك، فإن عقد مقاولة البنـــاء يستمر في ترتيب آثاره حتـــــى بعد إنجـازه [3]، أي بعـد استـلام الأشغال، وذلك للمدة التـي يقدر المشرع بأنها كافية للتأكد من أن العقد قد أحسن تنفيذه.

وقد اتجه القضـاء المصري إلى الأخذ فـي بعض أحكامه بهذا الرأي(4)، معتبـرا الضمان العشري إنما ينشأ عن عقـد المقـاولة المبـرم بيـن المهندس المعمـاري أو المقـاول ورب العمل، فإذا تخـلف وجـود هـذا العقـد، انتفـى الضمان، ولا يكون أي منهما عندئذ مسؤولا إلا وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية(5).

راجع في المعنى ذاته، سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين، مرجع سابق، ص 21.

1- Mazeaud (H et L, J), Traité pratique et théorique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, op.cit., p.81.

2- Saint-Alary (R), J.C.P., 1968, n 66 cité par: (317):شكري سرور، مرجع سابق، ص 279، هامش رقم
محمد

3- Amel Benerab, « La garantie décennale le domaine de la construction », http ://www.cgv-expert.fr/article/garantiedecennale-audomaine-construction_10.htm Consulté le : 04/10/2013.

4- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 238.

5- وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية بأن: " ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء والعيوب التي تهدد سلامته ***أساسه المسؤولية العقدية*** المنصوص عليها في المادتين 651، 652 من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاولة، يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقاولة، فلا يلتزم المقاول قبل رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية". نقض مدني، طعن رقم: 241 لسنة 40 ق، بتاريخ 1975/5/31، س 26، ص 1048.

راجع هذا الموقف للقضاء المصري، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 141، 142.

الفرع الثاني: الضمان العشري ذو طبيعة تقصيرية:

نادى بهذا الاتجاه الفقـه الفرنسي التقليدي(1)، وقلة من الفقـــه الحـــــديث(2)، وينطلق أنصـاره فـــــــي تبرير الطـابع غير التعاقدي للالتزام بالضمان العشري من مفهوم الاستلام وتأثيره علـى الرابطة القانونية الناشئة عـن عقـد المقاولة المبرم بين رب العمل والمشيد.

وترتيبا على ذلك، فإن التزام المقاول والمهندس المعماري ينحصـر في تنفيذ الأعمال الإنشائية وتسليمها لرب العمل[3]، ومن هذه اللحظة يكـون المقـاول قد استكمل كـل التـزاماته وأن العقد قد استنفذ كل آثاره"[4]، ولم يبق له وجود[5].

وبمعنى آخر، إن ضـمان المقـاول لجودة البنـاء ينتهي بمجـرد تسلم رب العمل له خاليا من العيوب الظاهرة، وأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن الخلال التي تظهر فـي البنـاء بعد استـلامه لا يمكن أن تستند إلا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية[6].

وهكذا، فإن بقاء المهندس المعماري والمقاول مسؤولين عن متانة البنـاء بعد استلامه فتـرة معينة من الزمن لا يمكن أن يستقيم إلا بالإرادة العليا للمشرع[7]، الذي أراد حـمـاية المـلاك[8] وعلى هذا النحو، فمسؤوليتهما هـي مسؤولية قانونية[9]، واستثنائية[10].

1- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., pp. 186, 187. Voir même référence, p. 201.

2- Soinne(B), op.cit., pp. 31, 32.

3- سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التـي تقـع على عاتق بائع العقـار ومشيدي البنـاء (المقاوليـن والمهندسين)، مرجع سابق، ص 21.

4- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 187.

5- سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التـي تقـع على عاتق بائع العقار ومشيدي البنـاء (المقاوليـن والمهندسين)، مرجع سابق، ص 21.

6- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 241.

7- Soinne(B), op.cit., pp.31, 32 ; Voir aussi, Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 187.

8- Planiol(M) et Ripert(G), Ibid., p.187.

9- Planiol (M) et Ripert(G), Ibid., p. 187. Voir aussi même référence, p. 201.

10 - Aubry et Rau, Cours de droit civil français, T.5, 5 éd, p. 668 cité par : محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 273، هامش رقم:(295)

وقـد شرح الفقـه فـي إطـار الأعمـال التحضيرية للمادتين 1972، 2270 من القانون المدنـي الفرنسي بقـاء المهندسين المعماريين والمقاولين مسئولين بعـد استـلام الأعمال على خلاف الأصـل فـي عقـود المقـاولات، أن المـرء يمكنـه أن يتحقق بسهولة من أن المنقول قد أحسن صنعه، ومن ثم، يعفى العامل من كل المسؤولية من وقت تسلمه، بينما يختلف الأمر بالنسبة للبناء، إذ قد تكـ ـون له وقت الاستلام كل مظاهر المتانة، ومع ذلك يكون مشوبا بعيوب خفية تجعله يسقط بعد مرور مدة من الوقت، لذلك وجب على المهندس ضمانه فترة تكفي للتأكد من متانته لاسيما وأن بعض العيوب لا تظهر إلا بعد فتـ ـ ـ ـ ـ ـرة طويلة من الزمن، ناهيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـك عن صعوبة اكتشاف المالك للعيـ ـ ـ ـ ـ ـوب، والذي يفترض فيه عدم درايته بأصول البناء، وأن إقامة بناء غير متين من شأنه تعريض السلامة العامة للخطر[1].

أمـا القضـاء الفرنسـي التقليـدي، فقـد كان يثيـر تلقائيـا المادتيـن 1382 و 1383 مدني لأجـل تبـرير إدانـة المهنـدس المعماري والمقاول على الأقل إذا لم تكن هناك صفقة جزافية[2] مبررا ذلك بأن دعوى الضمان العشري لا تستند إلى الإخلال بالتزام ناشي عن عقد المقاولة الذي يكون قد انتهى بتسلم البناء[3].

الفرع الثالث: الضمان العشري من طبيعة عقدية تقرر بنص خاص في القانون:

لا أحد ينازع اليـوم فـي الطبيعة التـعاقدية للضـمان العشري المفروض على المشيـ ـ ـ ـ ـ ـد[4] وبالتالي، يخضع التعويض لقواعد المسؤوليـة العقدية عـن الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الآداءات المتـ ـ ـعهد بها، كما تطبـق هـذه القواعد كذلك بالنسبـة للأضرار الناتجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة عن عدم تنفيـ ـ ـ ـ ـ ـذ

- -

- -

1- V. Berenger cité par: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 274، هامش رقم:(299)

2- Planiol (M) et Ripert (G), op.cit., p. 187, note(1).

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 143. راجع أيضا موقف القضاء الفرنسي التقليدي، عبد الرزاق أحـــــــمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص ص 132، 133.

4- Voir les auteurs cités par : Viney (G), op.cit., p. 218, note(34).

الالتزامات التي يربطها القانون بمختلف العقود الخاصة عندما يكون للأحكام القانونية المقصودة مضـمون مكمل فقط لإرادة الأطراف[1].

وبالمقابل، هذا الحل كان يثير الشّك أحيانا فيما يتعلق بالالتزامات المفروضة وجوبا علـى أحـد المتعاقدين باسم النظام العام[2]. والواقـع، كما وضـح أحد المؤلفين، " الأطراف ليسـوا أحـرارا أثنـــــــاء التـــــــــــعاقد فـــــــــي رفض أو قبـــــــــــول الأحكـــــــام الآمرة ...لهذا إذن القانون يلزم المتعاقدين وليس العقـــــــد إطلاقا "[3].

في حين يناصر غالبية الفقه الوصـف التعاقدي لسبب علـى الخصـوص " أنه من الغريب العمل على إخراج من نطاق العقد المسائل التي يرى المشرع أنها هامة لتنفيذه، والتي جعلها موضوع أحكام آمرة"[4].

ويؤكد الفقه المصري بأنه لم يعد غريبا تدخل المشرع في المجال العقدي بقواعد آمرة خلافا للمألوف فـــــــي القـــــــــواعــــــد العامـــــة، وما يتـــــــفق عليـــه الأطراف[5]، وذلك لاعتبارات اقتصادية واجتماعية[6]، وفنية، تستهدف حماية مصلحة عامة أو خاصة جديرة بالحماية[7]، ولعل تنظيم أحكام المسؤولية العشرية في المادة 554 ق.م المقابلة للمادة 1792 مدني فرنسي، خير دليل على ذلك، إذ أن تنظيـــــم المشرع لها بأحكــــــام آمرة يستهدف حمــــاية رب العمــــل غير الخبير فـــي

- -

- -

1- Viney (G), op.cit., p. 217, note (31).

2- Ibid., p. 217.

3- « les parties n'ont pas été libres en contractant de refuser ou d'accepter ces dispositions impératives…C'est donc bien la loi qui oblige les contractants et non point le contrat ». Voir Brun(A) cité par : Viney(G), Ibid., p.217, note(32).

4- Voir Cassin(R) cité par : Viney(G), Ibid., p. 217, note(33).

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 142.

6- Viney (G), op.cit., p. 217.

راجع في نفس المعنى، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 142.

7- محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 142.

الغالب بفن البناء، فضلا عن حماية السلامة العامة من الأخطار التي تنطوي عليها المباني المعيبة[1].

يتضح من هذا الاتجاه الأخير، أن الضـمان العشري هو التزام عقـدي فرضه القانون فـي عقـد مقاولة البناء على عاتق المشيد، حماية لمصالح رب العمل غير الخبير من جهة، وباسم النظام العام من جهة أخرى.

وقد ذهب جانب آخـــــــر من الفقه الفرنسي التقليدي بأن الضمان العشري ذو أصـــــــل تعاقدي أي يجد مصدره في العقد المبرم بين رب العمل والمشيد، ولكن تبقـى مسؤولية المشيد بإرادة المشرع الذي نظـم مباشرتها خـلال أجل يبقى محدودا، ورسم معالمها، مما دعا البعض إلى وصفها بأنها مسؤولية عقدية مشددة[2]، فأصبح هذا التعبير متداولا لدى الفقه المصري[3].

وفي هذا السياق، يرى البعض أن اختلاف أحكام الضـمان العشري عـن القواعد العامة فـي المسؤولية العقدية، يجعلنا نقرر بأن المسؤولية المترتبة عن ضمان متانة المباني والمنشآت الأخرى هـي ليست مسؤوليـة عقديـة بشكل كامل[4]، وإنما هـي مسؤولية ذات

منشـأ تعاقدي خاص، أي أنها مسؤولية عقـدية من نوع خاص[5]، فهي محاطة بتنظيم قانوني خاص، راعى المشرع عند تنظيم أحكامها خصوصية عقد مقاولة البناء سواء تعلق الأمر بمحله الذي ينصب علـى تشييـد الأبنية، أو بأطرافه، لكون أحدهما، وهو رب العمل ليست له الدراية الكافية بفّـن البناء وأصوله[6].

1- راجع في نفس المعنى، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 142، 143.

2- V. Josserand, Cours de droit civil, II, n 1298 cité par : Ripert (M) et Planiol(G), op.cit., p. 188 note(2).

مشار إليه كذلك في: أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 133، هامش رقم:(2).

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 181.

4- أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 246.

5- أحمد شرف الدين، نفس المرجع، ص 248. راجع في نفس الوصف، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 181.

6- أحمد شرف الدين، نفس المرجع، ص 246.

وقـد أخـذ بهذا الرأي قضـاء محكمة النقض المصرية، حيث جاء فـي حكم قديم لها بأن :" مسؤوليـة المقـاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسلمه طبقا للمادة 409 من ق. المدني القديم لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنيـة ولا يمكن كذلك اعتبارها مسؤوليـة قانونيـة من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، ***وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكـل عقـد مقاولـة علـى البنـاء سواء نص عليها العقد*** أم لم ينص كمسؤولية البائع عـن العيوب الخفيـة، فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقـد بيـع علـى أساس أنها مما يترتب قانونا على عقد البيع الصحيح"[1].

ويتجه جانب من الفقه المصري إلى الأخذ بهذا التكييف، مؤكدا على الطابع التعاقدي للضمان العشري، إذ يرتبط بالعقد ولا يقوم بدونه[2]، مع التسليم بالجانب القانوني له[3].

ونحن نميل إلى الأخذ بهذا الاتجاه أيضا، لأن تطبيق الضمان العشري يستلزم مبدئيا وجود عقد مقاولة بين الدائن، وهو في الغالب رب العمل، والمدين به، لهذا فهو من طبيعة تعاقدية أما صفته القانونية، فيستمدها من كونه قد تقرر بنص خاص في القانون خلافا لما تقضي به القواعد العامة فـــي عقد المقاولة من حيث انقضاء الالتـــــــزام بالضمان بمجـــــــــــــرد تمام انجـــــــاز العمل وتسلمه مقبولا بحالته الظاهرة من رب العمل دون أي تحفظ.

وعلى ذلك، فإن عقد المقاولة الذي ينصب على تشييد الأبنية، يستمر في ترتيب آثاره مدة طويلة من الوقت بعد الاستلام، لأن التحقق من أن البناء قد أحسن تنفيذه لا يمكن أن يكون عقب الانتهاء من الإنجاز مباشرة، بل لابد من الانتظار فترة من الوقت، إذ يجب التذكير هنا بأن الاستلام يعاين فحسب انتهاء الإنجاز ولا يضمن بالضرورة حسن الإنجاز.

1- نقض مدني مصري، طعن رقم: 57 لسنة 8 ق، جلسة 1939/01/5، مجموعة عمر، ج 2، رقم: 154، ص 452.
2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 144.
3- نفس المرجع، ص 144.

ويمكن تبرير الطابع القانوني للضمان العشري كذلك باستبعاد تطبيق قواعد هذا الضمان فيما بين المقاول والمقاول الفرعي[1]، واقتصارها على العلاقة التي تربط بين رب العمل وعميله.

المطلـب الثـــالث:

جـــــــزاء الضمـــان العـشري

يترتب على تحقق واقعة تهدم البناء أو تعيبه طبقا لنص المادة 554 ق.م، نشوء حق رب العمل في الضمان(التعويض)، ولكن يجب على رب العمل باعتباره دائنا بالضمان أن يقيم

دعوى للمطالبة بذلك خلال الأجـل القانوني(**الفرع الأول**)، يكـون محلها، إما طلب التنفيذ العينـي أو التعويض(**الفرع الثاني**).

الفـرع الأول: دعـوى الضمـان العشـري:

يجب لقبول دعوى الضمان العشري أن ترفع من طرف المستفيد من الضمان، وهو رب العمل أو خلفه، أمام الجهة القضائيـة المخـتصـة، وهـي إمـا أن تكـون جـهة قضائيـة عاديـة أو إداريـة[2].

وفضلا عن ذلك، يجب مباشرة دعوى الضمان العشري خلال الأجل القانوني، اعتبارا من تهدم البناء أو ظهور عيب مؤثر فيه خلال مدة الضمان[3].

أولا- تعيـب البنـاء أو تهدمـه خـلال مـدة الضمـان:

لكـي يقـوم ضمـان المقاول أو المهندس المعماري طبقا للمـادة 554 من ق.م، يجـب أن

1- راجع، المادة 554 فقرة 3 ق.م.

2- تختص الجهات القضائية الإدارية بالفصل في دعوى الضمان العشري إذا كان رب العمل الذي تنفذ لحسابه المنشأة شخصا معنويا عاما(الدولة، الولاية و البلدية..)، و يثبت الإختصاص للجهات القضائية العادية بالفصل في هذه الدعوى إذا كان المستفيد من تنفيذ الأشغال هو شخص طبيعي أو معنوي خاص أي ليست له الصفة العامة.

3- راجع، المادة 556 ق.م.

يحدث خلال العشر سنوات الموالية للاستلام تهدم في البناء أو يظهر خلل فيه يعرض سلامته للخطر، بل يكفي وجود العيب أو جرثومته خلال فترة الضمان حتى وإن انكشفت أو تفاقمـت آثاره فيمـا بعـد، وهذا ما كرستـه محكمة النقض المصريـة في حكـم لها، قضـت فيـه، بأن: " الضمـان الـذي يرجـع إلـى تنفيـذ المقـاول أعمـال البنـاء،

يتحقـق إذا ظهر وجـود عيـب في البنـاء خلال عشر سنوات من وقت التسليم و لو لم تنكشف آثار العيب أو تتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة"[1].

ويترتب على انقضاء مدة الضمان دون حدوث ما يستوجب تطبيقه من تهدم أو خلل براءة ذمة المقاول والمهندس المعماري بصفة نهائيـــــة من كل المسؤوليـــــــة عما قد يلحـــــــــق البنـــاء بعد ذلك من أضرار[2]، ولو ثبت خطؤهما[3]، بل ولو كانت تلك الأضرار على حـــــــــد قـــــــول البعض نتيجـــــــــــة مخالفة عمديه لشروط ومواصفات العقد[4].

ولكن إذا صدر من المشيد غش أو تدليس في تنفيذ الأشغال، فإنه يبقى مسؤولا عما ينجم عن ذلك من أضرار طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية[5] حتـــــــى ولو عد انقضـــــــاء المدة العشريـــــة

1- نقض مدني 1970/6/23، س 21، ص 1068.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 381، محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 171، محـــــــــمد لبيـــب شنب، مرجـــــــــع سابق، ص 170. راجع أيضا: Saint-Alary(R), op.cit., p. 119

3- محمد لبيب شنب، نفس المرجع، ص 170.

4- أنظر، محمد لبيب شنب، نفس المرجع والصفحة.

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 133. راجع أيضا في هذا المعنى: Saint-Alary(R), op.cit., p. 119

وبالنسبة للقضاء الفرنسي راجع:

Civ3., 18 déc. 1972. D. 1973, 272, note J. Mazeaud; Civ3, 2 juil. 1975, Bull. Civ. III, n233 cités par: Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 201, note(3).

ونشير في هذا الصدد، أن المشيد يكون مسؤولا عن خطئه التدليسي طيلة مدة التقادم الطويل، غير أن مسؤوليته لا تثبت إلا على أساس تعاقدي، طالما أن الخطأ الصادر منه لا يعتبر خارجيا عن العقد. راجع حول هذا الرأي:

J. Mazeaud, G. Cornu, J. Fossereau cités par: Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 202, note(1).

أما الخطأ الجسيم، فلا يمكن مساءلة المشيد عنه إلا خلال مدة الضمان[1].

وعلى ذلك، إذا تم استلام المنشأة نتيجة غش صدر من المقاول كما لو أخفى هذا الأخير العيوب باستعماله طرقا احتيالية، فإن حق رب العمل في الرجوع بالضمان لا يسقط ولو لم يحصل التهدم أو يظهر العيب إلا بعد انقضاء مدة العشر سنوات[2].

ويقتصر أثر التدليس على مرتكبـــه فقط أي المقاول، هذا ما لم يساهم المهندس المعماري في إخفاء العيوب التدليسية المنسوبة إلى المقاول[3].

وتسري مدة الضمان العشري ابتداء من الاستلام النهائي للمنشأة، كما نصت علـــــى ذلك المادة 554 فقرة 2 من ق.م، والمادة 178 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07 يتعلق بالتأمينات آنف ذكره.

وبالنسبة لأعمال إصلاح النقائص التي ظهرت خلال مدة الضمان الأولى، فإن المقاول يلتزم بضمان حسن هذا الإصلاح لمدة ضمان أخرى، تبدأ من وقت استلام هذه الأعمال[4] كما أنه يلتزم بضمان كل عيب يظهر خلال مدة الضمان بعد أن التزم بإصلاح عيب سابق إذا كانت تلك المدة لم تنقض بعد[5].

و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في: 27 جوان 2001 عن الغرفة المدنية الثالثة، الذي جاء فيه:
« Le constructeur, nonobstant la forclusion décennale, est, sauf faute extérieure au contrat, contractuellement tenu à l'égard du maitre de l'ouvrage de sa faute dolosive… ».

1- Civ. 7 mars. 1966, G.P. 1966.I.409 cite par: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 133، هامش
راجع أيضا: Mazeaud (H et L, J), Cours de droit civil: Principaux contrats, op.cit., p. 572. رقم:(25)

2- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 170.

3- Civ1., 4 juin. 1951, Bull. civ.I, 1951, 133 cité par : Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 205, note(1).

4- Civ. 10 déc. 1974, Bull. civ. III, p. 351 ; Civ. 22 avr. 1976, D. 1977. P. 25, n. J. Mazeaud cités par: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 132، هامش رقم:(23)

أشار إلى هذين القرارين أيضا: Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 148, note(1)

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 134.

ولكن إذا كان الاستلام مصحوبا بتحفظات، فإن مدة الضمان لا تبدأ في السريان إلا من اليوم الذي يتم فيه معاينة محو هذه التحفظات[1]، لأن الاستلام المقترن بتحفظات لا يكون نهائيا[2] على الأقل بالنسبة لصفقات الأشغال العامة.

وإذا لم يجري الاستلام صراحة، فإن القضاء الفرنسي يعتد بالاستلام الضمني لبدء مدة الضمان في السريان[3].

ومدة العشر سنوات التي يجب أن يتحقق خلالها سبب الضمان(تهدم البناء أو تعيبه) هي مدة لاختبار صلابة البناء أو المنشأة المنجـــــزة[4]، وحسن تنفيذ الأشغال[5]، وبالتالـــــي، فهــــي أجــــــل سقــــــوط Un délai préfix وليست مدة تقادم[6]، ولذلك فإنها لا تقبل الانقطاع والوقف[7]، بخلاف أجل رفع دعوى الضمان، فهي مدة تقادم، ومن ثم، فإنها تخضع للانقطاع برفع الدعوى الموضوعية أو بإقرار المقاول أو المهندس بالضمان، أما الوقف، فلا يلحقها، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات[8].

1- Saint-Alary(R), op.cit., p. 119. Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 147.Voir aussi: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 137.

2- راجع المادة 10 فقرة 8 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجر ذلك، المعدل والمتمم، المذكور آنفا.

3- Malinvaud(Ph) et Jestaz(Ph), op.cit., p. 148.

بالنسبة لمفهوم الاستلام الضمني، راجع، ص 204 وما بعدها من هذه الأطروحة.

4- Saint-Alary(R), op.cit., p. 119. Voir aussi : محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 167.

5- Le tourneau(Ph), op.cit., p. 481.

6- محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 167. راجع أيضا: Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 206
Le tourneau(Ph), op.cit., p. 481.

7- Planiol(M) et Ripert(G), Ibid., p.206 ; Le tourneau(Ph), Ibid., p. 481.

8- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 368.

ثانيا- المطالبة بالضمان خلال الأجل القانوني:

يجب لقبول دعوى الضمان العشري أن ترفع هذه الدعوى خلال الأجل القانوني، وهو ثلاث سنوات من يوم وقوع التهدم أو ظهور العيب المؤثر في البناء[1] وإلا كانت مرفوضة.

وعليه، إذا رفعت دعوى الضمان بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الضرر، فإنها تكون غير مقبولة حتى ولو حدث التهدم أو ظهر العيب المؤثر خلال مدة الضمان، ومن ثم يسقط حقه في الضمان[2].

وتجدر الإشارة هنا أن القانون الفرنسي قد جعل من مدة الضمان هي نفسها المدة اللازمة لرفع الدعوى المتعلقة به[3]، وتطبيقا له، إذا حدث التهدم بعد 3 سنوات من استلام البناء، فإن المدة المتبقية لرفع دعوى الضمان هي 7 سنوات وليس 3 سنوات، كما هو الوضع في القانون الجزائري.

وعلى ذلك، يجـــــــب مباشرة دعـــــــوى الضمان في المثــال السابق طبقا للقانون الجزائري خلال 3 سنوات من يوم حصول التهدم أو ظهور العيب المؤثر، وبالتالي تصبح المدة القصوى للضمان هي 6 سنوات وليس 10 سنوات، ويبقى المشيد ملتزما بضمان الأعمال الأخرى غير المعنيــــــــة بالتــــــهدم أو العيـــــب، ولكـــــــن فــــــــي حـــــــدود المـــــدة المتبقية من الضـــــمان فقـــــــط، وهـــــــي: 7 سنوات.

الفرع الثاني: محل دعوى الضمان العشري:

إذا تحققت الشروط الموجبة للضمان العشري الموضوعية والشكلية[4]، قامت مسؤولية المشيد وفقا للمادة 554 من ق.م، ومن ثم يكون ملزما بتعويض رب العمل عن الأضـــــــرار التـــــي

1- راجع المادة 557 من ق.م.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، مرجع سابق، ص 366.

3- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p.206. Voir aussi, Fossereau(J), op.cit., p. 22, col.1.

4- و هي بوجه عام ظهور الخلل في البناء خلال مدة الضمان، بالإضافة إلى رفع دعوى المطالبة به خلال الأجل المحدد.

أصابته من جـــــــــــــراء تهدم البنــــــــــاء أو تعيبه، لأن المسؤوليـــــــــــــة العشرية تهدف إلى إلـــــزام المهندس المعماري والمقاول بتعويض المالك بشكل كامل عن الضرر الذي أصابه من جراء عيب في البناء[1]، أي يجب أن يكون التعويض شاملا لكامل الضرر، وهذا على غرار القاعدة المعمول بها في القانون العام(المدني)[2]. ولكن ليس أي ضرر[3] يجب التعويض عنه، إذ يشترط في الضرر القابل للتعويض استنادا إلى قواعد المسؤولية العشرية أن يستجيب لشرطين هما: أن يكون ناتجا عن خلل غير ظاهر[4].

وتعويض الضرر يثير القواعد العامة للمسؤولية حتى ولو أظهرت المشاكل المطروحة في هذا الصدد شيء من الخصوصية[5]، أي أن نطاق الالتزام بالتعويض هو نفسه، قبل كما بعد الاستلام[6]، ومن ثم، يجب أن يكون التعويض شاملا ونهائيا، لأن رب العمل من حقه قانونا الحصول على تنفيذ للأشغال خال من النقائص ومطابق لقواعد الفن[7].

والتعويض في نطاق المسؤولية العشرية يمكن أن يكون عينيا(التنفيذ العيني) أو بمقابل (التعويض النقدي)، وقبــــــــل التـــــــعرض لطرق إصلاح

الضـــــرر(**ثانيا**)، يجـــــــــب أن نحـــــــدد نطـــــاق هذا الإصلاح (**أولا**).

أولا: الضرر[8] القابل للتعويض:

يشترط في الضرر القابل للتعويض استنادا إلى المسؤولية العشرية أن يستجيب لشرطين هما: أن

1- Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., pp. 188, 189.

2- Loyer-Larher (Ch), « La réparation du dommage dans le droit de la construction à travers les arrêts de la cour d'appel de renne » in : Revue judiciaire de l'ouest, 1978-1, p. 5. Publié sur le site suivant : www.persee.fr/issue/juro_0243-9069_1978_num_2_1

3- Revue de droit immobilier, Chronique, 1980, p. 92.

4- Périnet- Marquet(H), op, cite, p.42.

5- Revue de droit immobilière, Chronique, 1980, p. 92.

6- Loyer-Larher (Ch), op.cit., p. 7.

7- 24 mars 1977 cité par : Loyer-Larher (Ch), Ibid., p.7.

8- الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص فـــي حــــــق من حقوقه، مالية كانت أو أدبية، أو فـــــــي مصلحـــــــة مشروعة له يقـــــــرها

يكون ناتجا عن خلل غير ظاهر.

والأضرار القابلة للتعويض[1] على صنفين: الخلال التــــــي تلحـــــق المنشأة سواء كانت حالة أو مستقبلة(**أ**)، والمضار الملحقة(**ب**).

أ- الخلال اللاحقة بالمنشأة:

سبق القول بأن الضرر القابل للتعويض استنادا إلى المسؤولية العشرية يفترض وجود خلل غير ظاهر بالبناء، وهذا المعيار تم التوجه نحو التوسع فيه، فالأثر(الصدمة) والضرر المحتمل بسبب عدم احترام التنظيم مثــــــل الهدم، أصبـــــــح يؤخذ بعين الاعتبار[2]، إلى جانب انهدام البنـــــاء وتصدعه.

ولكن الضرر المحتمل لا يمكن التعويض عنه، لذا يشترط في الضرر القابل للتعويض أن يكون محققا أي حالا كتهدم البناء أو تعيبه بالفعل، أو أن يكـ ـ ـ ـون وقوعه في المستقبل مؤكـ ـ ـ ـ ـ ـدا على الأقل، كظهور عيب فـ ـ ـ ـ ـي البنـ ـ ـ ـ ـ ـاء مع تراخـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي آثاره إلى ما بعد انقضاء مدة الضمان[3] كما في عيوب القرميد يجعل السقف في المستقبل غير صالح للاستعمال[4].

وبشكل عام، يكـ ـ ـ ـ ـون قابلا للتعويض كل ما ينتج مستقبلا[5] عن الخلال الواقعة خلال الأجـ ـل

القانون ويحميها، وهو على نوعين، ضرر مادي وضرر معنوي، والضرر المادي هو الخسارة التي تصيب الشخص في ذمته المالية، أما الضرر المعنوي، فهو الأذى أو الألم الذي يصيب الشخص بسبب الاعتداء عليه سواء في جسمه أو سمعته أو شرفه أو مركزه.. أي هو الضرر الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه غير المالية. راجع في تعريف الضرر كركن في المسؤولية المدنية بشقيها، علي فيلالي، الالتزامات: العمل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 246 وما بعدها.

1- طبقا للقواعد العامة يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب(م. 182 فقرة أولى ق.م). ولاشك أن هذه القاعدة تطبق كذلك على الأضرار التي تنتج عن إخلال المقاول أو المهندس المعماري بالتزامه بتشييد منشأة خالية من العيوب.

2- Périnet- Marquet(H), op.cit., p.70.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 151.

4- Périnet- Marquet(H), op.cit., p. 70.

5- يجب التمييز هنا بين الضرر المستقبل Désordre future والضرر المتطور Désordre évolutif، لأنهما يكرسان نفس الفكـ ـ ـ ـ ـرة مع العلم بأن الفقه لا يعبر دائما عن هذا التمييز بشكل واضح، بينما الممارسين على غرار القضـ ـ ـ ـ ـ ـاء يخـ ـلط ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـون أحيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـانا

العشري مادام أنها تؤدي خلال هذا الأجل إلى المساس بصلابة العقار أو تجعله غير صالح للغرض المعد له [1].

ونشير مرة أخرى، أنه يكفي حدوث الخلل الموجب للضمان العشري خلال مدة العشر سنوات حتى ولو تراخت آثاره إلى ما بعد انقضاء هذه المدة.

ب- المضار التابعة:

وهذه المضار لا تلحق البناء ذاته، وإنما هي نتيجة مباشرة لعيوب البناء، مما يتعين التعويض عنها أيضا، وهذا في الواقع ليس إلا تطبيق للقواعد العامة في تحديد نطاق التعويض ومداه[2].

ويبرر البعض شمول التعويض للأضرار التابعة كذلك على أساس أن الالتزام بتسليم منشأة مطابقة لقواعد الفن هو التزام مفروض على عاتق المشيدين قبل كما بعد استلام الأشغال[3]، وتبعا لذلك، توسع الاجتهاد القضائي الفرنسي في تعويض هذه المضار، والأمثلة عن ذلك كثيرة، نذكر منها: تفويت فرصة تأجير البناء، إعاقة الاستغلال، الضرر الناتج عن التأخير في توضيب مكتب، الخسارة المالية في استغلال قاعة للسينما، الضرر المعنوي للمالك الذي لم يتمكن من شغل منزله[4].

ولكن إذا كان القضاء عموما يقبل تعويض الأضرار التابعة، فقد اختلف الفقه[5] في

بين المفهومين، أو يستعملون خطئا أحدهما كمرادف للآخر. راجع:

Karila (J.-P), « Garantie décennale et désordres futures », Jurisprudence(Commentaires), Contrat d'entreprise, Dalloz, 2002, n10, p. 8334.

1- Cass.civ3, 13 Fév. 1991, Bull.III, n 52 cité par : Périnet- Marquet(H), op.cit., p. 70.

2- راجع المادة 182 فقرة أولى من ق.م.

3- Loyer-Larher (Ch), op.cit., p.5.

4- Périnet- Marquet(H), op.cit., p. 71.

5- Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p. 847.

الأساس الذي يستند إليه، فهل يخضع التعويض عن تلك الأضرار للقواعد العامة في المسؤولية أم أنه يستند إلى الضمان القانوني الذي لا يشمل سوى العيوب المادية التي تلحق المنشأة؟

في الواقع هذه المسألة ذات أهمية كبيرة من الناحية العمليـــة، لأن التـــــــــأمين الإجـباري لا يغطـــــي سوى الخلال التي تثير الضمان العشري، وبالتالي لا يوجد دائما تماثل بين الأضرار المغطاة بواسطة القرينة، والتي تخضع لنظام إثبات ميسر، والخلال ذات الطبيعة العشرية التي تستلزم عدة شروط[1]، والاختلاف لم يثن الفقه عن تطبيق مبادئ القانون المدني(شمول التعويض)، حيث يرى البعض أنه إذا ما توافرت شروط مسؤولية المشيدين، فإن التعويض يكون شاملا، لأن الالتزام بالتعويض هو نفسه قبل كما بعد الاستلام[2].

والجدير بالذكر هنا، أن الأضرار التي تلحق العقارات المجاورة(المنفصلة) تثير مسؤولية القانون العام[3]، كما تخضع لأحكام هذه المسؤولية أيضا الأضرار الجسدية التـــــــي تصيب رب العمل وأفراد عائلته، نظرا لكون عقد المقاولة عموما لا يتضمن التزاما بالســـــــــــــــلامة[4]، وهذا الحل يؤيده القضاء الفرنسي[5].

ثانيا: طرق إصلاح الضرر:

إن إصلاح الضرر الناتج عن ســــــــــــوء تنفيذ الأشغال، يمكن أن يتخذ صورة التنفيذ العينـــــــــــــي(**أ**) أو التعويض النقدي(**ب**)، وهذا على غرار ما هو معمول به في القواعد العامة.

1- Boubli(B) et Kurgansky(A) et Stemmer(B), op.cit., p.847.

2- Voir, Loyer-Larher (Ch), op.cit., p.7.

3- Malinvaud (ph) et Jestaz(ph), op.cit., p. 201.

راجع أيضا، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 73.

4- محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 73. راجع كذلك، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 137.

5- Civ., 4 janv. 1963, Bull. civ. III, p.13; Civ.21 nov. 1962, Bull. Civ., II, p. 474; Aix, 11 juin. 1962, D. 1962, p. 436 cités par: محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 73، رقم:

(44)

ويتوقف تحديد شكل التعويض على مصدر الضرر[1].

أ- التنفيذ العيني:

يجوز لرب العمل طبقا للقواعد العامة أن يطلب من المقاول أو المهندس المعماري أو الاثنان معا، إصلاح عيوب البناء التي تنكشف له خلال مدة الضمان إذا كان هذا الإصلاح ممكنا[2]، أو هدم البناء وإعادة بنائه[3]، غير أن البعض يرى بأن المالك ليس له حق الخيار بين التعويض العيني والتعويض النقدي الذي هو ملك للمحكمة[4]، فالمالك لا يمكنه أن يصر في جميع الحالات على التنفيذ العيني، لأن الأمر لا يتعلق هنا بعدم تنفيذ الالتزام التعاقدي للمشيد الذي تم تنفيذه وقبوله، ولكن بضمان إضافي قرره القانون[5]، بالإضافة إلى أن التنفيذ العيني للإصلاحات قد يستدعي في عدة حالات، إعادة الأشغال بصفة جذرية، وهذا يمكن أن يكون بثمن خارج التقدير مقارنة مع مدى الضرر[6]، لهذا السبب ترددت المحاكم فترة من الزمن في الأمر بالإصلاح العيني، لأن أشغال الإصلاح كانت باهظة جدا[7]، وعلى حد قول بلانيول تكون مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بالتالي مجحفة، ولهذا لطف الاجتهاد القضائي التقليدي في هذه الحالة بالتعويض بسبب النقائص[8].

1- Voir Mevoungou Nsara (R), « Le préjudice causé par un ouvrage immobilier: réparation en nature ou par équivalent ? », RTDciv.1995, p. 733.

2- راجع المادة 164 و المادة 176 من ق.م.

3- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 363.

4- Voir, Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p. 189.

5- Ibid., p. 189.

6- Ibid., p. 189.

7- Civ1, 13 janv. 1964, D.1964. Som. 69 ; 8 juin 1964, Bull. civ. I, n 297 cités par : Rev.dr.Immob, 1980, p. 92.

8- Req.23 Mars 1909, D. 1910, 1, 343, S. 1909, 1, 552 cité par : Planiol(M) et Ripert(G), op.cit., p.189, note (1).

ولكن هذا الحل تم استبعاده اليوم، لأن المشيد ملزم بإصلاح الخلل مهما كانت أهميته [1] تطبيقا لمبدأ التعويض الكامل لرب العمل المكرس من طرف القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد. ويترتب على ذلك، امتناع مؤجر العمل(المقاول) عن مطالبة رب العمل بالزيادة في الثمن عن الأشغال الإضافية الضرورية لأجل محو الخلل الناتج عن عدم تنفيذ الخدمة وفق المواصفات التعاقدية المدرجة في الصفقة[2].

وإذا كان إصلاح ما في المنشأة من عيوب مستحيلا أو غير ممكن، فيجب هدمها كليا أو جزئيا وإعادة بنائها من جديد بواسطة مقاول آخر، على أن يتحمل المقاول المقصر نفقات ذلك، وفي هذا المعنى تمت إدانة مهندس معماري بتحمل كلفة الهدم وإعادة بناء العقار المشيد تحت إدارته، لأنه لم يكن ممكنا علاج الخلال عن طريق بعض الأشغال مهما كان[3] ولحسن الحظ هذه تعد حالة استثنائية جدا، ففي الكثير الغالب الإصلاح يقتصر على جزء من المنشأة[4].

وفي حال الأمر بالتعويض العيني، يجب العمل على إزالة السبب الذي أدى إلى حدوث الضرر نتيجة سوء الصنعة[5].

ويمكن أن يجتمع التعويض العيني مع التعويض النقدي خاصة عندما لا تؤدي الإصلاحات إلى إزالة العيوب بصفة كاملة، وإنما تجعلها ببساطة هينة أي يمكن تحملها[6].

1- Cass.civ3, 3 janv. 1969, Bull.civ. III, n 2, p.1.- Civ3., 4 juin 1975, Bull.civ.III, n211.

2- www.antarius-avocats.com/publications/la-reparation-integrale-est-elle-toujours-un-principe

3- Civ3., 6 mai 1981, G.P. 10 déc. 1981, Pan., p. 346 cité par : Rev.Dr.Immob.1980., p. 92.

4- Rev.Dr.Immob.1980, p. 92.

5- Civ3., décembre 1890, D. 1891, 1, 151, S. 1894, 1, 343 cité par : Planiol (M) et Ripert(G), op.cit., p. 189, note(2).

6- Req. Janvier 1904, D. 1904, 1, 239, S. 1908, 1, 323 ; Civ. 2 février 1904, D. 1904, 1, 272, S. 1904, 1, 389 ; Req. 31 octobre 1906, D. 1907, 1, 135, S. 1907, 1, 163 cités par : Planiol(M) et Ripert(G), Ibid., p. 189, note(3).

ب- التنفيذ بمقابل:

يلجأ رب العمل غالبا إلى طلب التعويض النقدي إذا استحال تنفيذ أشغال إصلاح العيوب[1]، أو إذا كان إصلاح العيوب ممكنا، ولكن رب العمل اقتصر على طلب التعويض ولم يبد المدين بالضمان استعداده لتنفيذ أشغال الإصلاح عينا، غير أنه للقاضي كامل الحرية في هذا الصدد، إذ يمكنه أن يحكم بالتعويض العيني أو النقدي[2]، وهذا على غرار القانون المدني الذي يعطي للقضاة حرية تحديد شكل التعويض الذي يبدو أكثر ملاءمة[3]، ويملك القضاء في هذا الصدد سلطة سيادية[4].

ويملك رب العمل دائما حرية طلب التنفيذ العيني، وبالمقابل له حرية رفض عرض المقاول في هذا المعنى، فقد استبعد قرارا عرض الاصلاح من مقاول لصالح التعويض لزوال روابط الثقة بين الطرفين[5].

وبالرجوع للمادة 183 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07 يتعلق بالتأمينات آنف ذكره، يتضح بأن التعويض المستحق لرب العمل المؤمن له، في إطار المسؤولية العشرية المنصوص عليها بالمادة 178 فقرة أولى من نفس الأمر التي تحيل على المادة 554 من ق.م، يكون في حدود تكلفة إنجاز أشغال الإصلاح التي خلفتها الأضرار(العيوب) المحددة والمقدرة من طرف الخبير وفي حالة عدم اتفاق المؤمن والمستفيد(رب العمل) على مبلغ الأضرار، تتولى الجهة القضائية المختصة الفصل في مبلغ التعويض النهائي[6].

1- راجع المادة 176 ق.م.

2- Cass.civ., 18 janv. 1983 ; Rev.Dr.Immob.5(4), oct.-déc.1983, p. 458.

راجع أيضا في ثبوت هذه السلطة لقضاء الموضوع، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ص 364، 365.

3- Malinvaud(Ph), Karila (J.-P) cités par : Dorothée Ngoungoure Mfenjou, op.cit., p.148. Voir aussi, Périnet-Marquet(H), op.cit., p. 71.

4- Périnet-Marquet(H), Ibid., p.71. Voir aussi, Rev.Dr.Immob.5(4), oct.-déc.1983, p. 458.

5- Cass. civ., 22 déc. 1981, Rev.Dr.Immob, 1984, p.59 ; 11 janv. 1984, même revue, p.191.

6- راجع المادة 183، فقرة 4، 5 من أمر رقم: 95-07، يتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم، مذكور آنفا.

ولكن قد يحدث أن يترتب على تنفيذ أشغال الإصلاح أضرار أخرى كأن يؤدي إصلاح تشققات واجهة مبنى إلى أضرار ذات طابع جمالي مثلا[1]، مما يقلل ذلك من قيمته[2]، أو يترتب على تنفيذ أشغال الإصلاح تحمل رب العمل أعباء إضافية نتيجة تخلفه عن القيام بتعهداته تجاه الغير[3]، لذلك يجب أن لا يقتصر التعويض المستحق لمالك البناء على ما يعادل بالضبط تكاليف عمليات الإصلاح[4] على نحو ما نصت عليه المادة 183 فقرة أولى من أمر رقم: 95-07 المتعلق بالتأمينات، بل يجب أن يشمل التعويض زيادة عن ذلك، كل ما يترتب عن العيوب من أضرار مباشرة ولو لم تلحق المنشأة نفسها[5]، أو ما يعرف بالأضرار التابعة[6].

1- Rev. Dr. Immob.5(4), oct.-déc.1983, p. 458.

2- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 372.

3- Rev.Dr.Immob.5(4), oct.-déc.1983, p. 458.

4- أنظر، محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 372.

5- Rev.Dr.Immob.5(4), oct.-déc.1983, p. 458.

6- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 372.

خاتمــــــــــــــة:

إن الوصول بعملية البناء إلى مرحلتها النهائية بنجاح، وهي جودة ما سيتم تشييده من مبــــــان أو إقامتــــــــه من منشآت ثابتـــــــــــــــة أخـــــــــــــرى، وعملها في ظروف طبيعية دون أدنـــــــى خـــــــــطر وبالتالي ضمان أمن واستقرار المنشآت المنجزة، ولأجل تحقيق كل ذلك، أحاط المشرع الجزائري تنفيذ عمليات إنجاز المباني على اختلاف أصنافها، كما اتضح من هذه الدراسة، بجملة من الضمانات، سواء قبل البدء في تنفيذ الأشغال، أو أثناءها، أو عنـــــــــد اكتمالها واستلام رب العمل لها في شكل منجزات عقارية.

فقبل البدء في تنفيذ الأشغال، أحاط المشرع عملية إنجاز المباني بعدة ضمانات، وهي:

- أخضع حق استعمال ملكية الأرض لرخصة البناء، وهي رخصة إدارية تمنح لكل شخص يرغب في تشييد بناية أو جزء من بناية بعد أن يثبت المعني ملكيته لقطعة أرض صالحة للبناء أو أنه صاحب حق في البناء عليها، وهي آداة فعالة في يد الدولة لمراقبة تشييـ ـ ـ ـد البنايات حسب المقاييس ومعايير البنـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـاء المنصوص عليها فـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـي التشريـ ـ ـ ـ ـ ـع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال.

وعلى ذلك، فرخصة البناء هي إجراء أولي يسمح بفرض احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها في مجال البناء والتعمير، وبالتالي القضاء على ظاهرة البناء الفوضوي (غير الشرعي) الذي لا يستجيب في كثير من الأحيان لأبسط مقاييس البناء ومعاييره، ولا يراعي المحيط العمراني والحضاري للمناطق المبنية، مما نتج عنه وجود بنايات هشة ومحيط عمراني مشوه..الخ.

ولكن هذه الآلية الضرورية لمكافحة البناء الفوضوي والهش لازالت غير مفعلة من الناحية العملية، نظرا لاقتصارها على الأراضي التي يحوز أصحابها على سندات ملكية دون سواها هذا من جهة، ولعل من جهة ثانية أن أزمة السكن الخانقة التي يعاني منها مجتمعنا الجزائري حالت دون التطبيق الصارم لها، أي للنصوص القانونية المنظمة لعمليات البناء لاسيما تلك المتعلقة برخصة البناء.

- تقييد منح رخصة البناء: يجب على الراغب في البناء تقديم تصاميم المبنى المزمع إنجازه ضمن ملف طلب الرخصة، على أن تكون هذه التصاميم موضوعة من قبل مهندس معماري معتمد حسب المادة 55 من قانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، غير أن هذا القانون أصبح يشترط حسب نفس المادة المعدلة بقانون 05-04 المذكور سابقا، أن تكون مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء حسب التشريع الجاري به العمل معدة من طرف مهندس

معماري ومهندس معتمدين، أي أن الأول يضطلع بإعداد الدراسة الهندسية للمشروع المعماري، بينما ينفرد الثاني بإعداد الدراسة التقنية له، ولعل هذا التعديل يكفل فـــــــي الواقع للعقار المبني عوامل الدوام والاستقـــــــــــــــرار والصلابة.

- هذا، وقد أصبحت دراسة التربة Etude de sol شرطا جوهريا لمنح رخصة البناء بعد زلزال بومرداس سنة 2003، ولأن حوادث انهيار العمارات المتكرر يرجع سببها في كثير من الأحيان إلى طبيعة التربة وتكوينها الجيولوجي كقابليتها للانزلاق مثلا، وفي هذا الصدد، يجب على أي مهندس معماري أن يراعي عند تصميمه للمنشأة، ووضع مشروعات تنفيذها، طبيعة التربة وتكوينها الجيولوجي، لأن مراعاة ذلك سوف يكفل في النهاية للبناء عوامل المتانة والصلابة.

ولكن، يجب تعميم تطبيق هذا القيد على مشاريع البناء الخاصة أيضا، ولا يبقى قاصرا على مشاريع البناء العامة فقط.

كما يجـب على المهندسين المعماريين أن يراعوا أيضا عنـــد إعداد التصميـــــــم الهندســـي للبنـــــــــاء ووضع مشروعات إنجـــــــــــازه، الظروف المناخية والجغرافية للمنطقة المراد البنـــــــــاء فيـــــــها وليس فقط مراعاة حالة التربة وتكوينها الجيولوجي.

- يجب ألا يكون المهندس الذي تسند إليه مهمة إدارة الأشغال والرقابة على تنفيذها هو ذات المهندس المعماري واضع التصميم، إذا كان هذا الأخيـــر تابعا للمقاولة المكلفة بتنفيـــــــــذ المشروع، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 13 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء المذكور سابقا التي لا تجيز إسناد مهمة الرقابة على الأشغال للمهندس المعماري واضع التصميم متى كان تابعا للمقاولة التي أسندت إليها مهمة تنفيذ

المشروع، ولعل قصد المشرع من وراء هذا المنع هو إيجاد رقابة متبادلة بين المقاول المنفذ والمهندس المكلف بإدارة الأشغال والرقابة على حسن تنفيذها، نظرا لما لهذه المهمة الأخيرة من أهمية بالغة في الوقاية من الأخطاء الفنية في تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

ونؤكد على ضرورة الفصل بين مهمة تصور المنشأة ومراقبة إنجازها متى كان المهندس المعماري واضع التصميم تابعا للمقاول المنفذ خاصة وأن المشرع يجيز في المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري أن يكون المهندس المعماري مرتبطا بعقد سواء مع صاحب المشروع(رب العمل) أو صاحب المشروع المنتدب(المقاول).

كما نقترح في هذا الصدد:

- ألا يكون المهندس الذي يستعين به رب العمل في عملية استلام المنشأة هو ذات المهندس الذي أسندت إليه مهمة الرقابة على تنفيذ الأشغال، وهذا لأجل ضمان آداء واجب تقديم المساعدة لعميله بكل موضوعية، ومن دون تحيز لحساب أحد الطرفيـــــــــــن على الآخر، وحتى لا يكون خصما وحكما في آن واحد.

- يجب على السلطات المعنية في الدولة أن تسعى جاهدة إلى التكريس الفعلي لمبدأ الاحتكـــار القانوني لمهنة المهندس المعماري، والعمل على التصــــــدي لظاهرة انتحال غيـــر المختصين لهذه

المهنة، ومنع الاعتداء عليها من طرف ألئك الذين ليس لهم دراية كافية بأصولها..

ولعل هذا لن يتأتى إلا من خلال القضاء على ظاهرة البناء الفوضوي(غير الشرعي)، فقد أثبت الواقع العملي أن مهنة المهندس المعماري أصبحت تمارس من طرف أشخاص لا يحملون أي مؤهل علمي في الهندسة المعمارية، بل ولا يمتلكون أدنى المعارف الفنية والعلمية في هذا الفرع من العلوم الهندسية، حيث أنه في كثير من الأحيان يتولى المقاول

القيام بمهمة تصميم البناء إلى جانب نشاطه الرئيسي وهو البناء، وهذا يعتبر أحد الأسباب المباشرة وراء تفشي ظاهرة سوء تنفيذ المباني.

وقد أدرك مشرعنا أهمية مبدأ الاحتكار القانوني لمهنة المهندس المعماري عندما نص عليه في المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المذكور سابقا، لكن يبقى تكريسه الفعلي على أرض الواقع هو المعضلة التي يجب التفكير مليا في الآليات الكفيلة لتجسيده.

- وقد لاحظنا من خلال هذا البحث أيضا، أن المهندس المعماري يؤدي دورا كبيرا في الوقاية من الأخطاء الفنية في تشييد المباني، انطلاقا من الالتزامات الملقاة على عاتقه، وذلك طيلة مراحل إنجاز المشروع، بدءا بتصور البناء، فالرقابة على إنجازه، وصولا إلى استلامه، ولعل التزام المهندس المعماري بالرقابة على التنفيذ يعد وقائيا بامتياز في هذا الصدد مقارنة بباقي التزاماته الأخرى خاصة وأنه يتسم بالشمول من جهة، والامتداد من جهة أخرى، فيضطلع المهندس المعماري برقابة تنفيذ الأشغال طيلة مدة الإنجاز، إلى جانب الرقابة العامة التي يمارسها رب العمل(م. 553 مدني)، والرقابة الفنية التي تمارسها الهيئة المكلفة بالرقابة التقنية للبناء.

ولاجرم أن الهدف من الرقابة التي يمارسها المهندس المعماري هو التأكد من أن الأعمال تجري وفقا لشروط العقد وقواعد الفن، فضلا عن عدم مخالفتها للنصوص القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل في مجال البناء، فيملك المهندس المعماري وفقا لسلطته في الإدارة، إصدار التعليمات والتوجيهات اللازمة لتنفيذ الأعمال وفق الأطر المحددة لها، سواء تعلق الأمر بطريقة التنفيذ المحددة، أو المخططات المعتمدة، ويملك طبقا لسلطته في الرقابة حق التثبت من أن المقاول يقوم بالتنفيذ طبقا للتعليمات التي أصدرها له في إطار سلطته في الإدارة، وفي هذا الصدد نشير إلى وجوب التفرقة بين سلطتي الإدارة والرقابة على التنفيذ، حيث درج الفقه العربي على استعمال عبارة أكثر شمولا ألا وهي: الإشراف على الأعمال.

وتمارس الإدارة في إطار صفقة انجـــــــــاز الأشغال، هذه السلطة بواسطة مندوبوها من المهندسيـــــــــن والتقنيين، غير أن المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا، جعل من الإدارة والتنسيق وتوجيه الأشغال موضوعا لصفقة مستقلة عن صفقة إنجاز الدراسات، وتسمى صفقة الإشراف على إنجاز الأشغال(م. 29 فقرة 12).

وسلطة الرقابة هذه على قدر كبير من الأهمية بالنسبة لمسؤولية المهندس المعماري، حيث لا تقتصر مسؤوليته عن أخطائه الشخصية فحسب، بل تمتد إلى أخطاء غيره ممن شاركه في البناء وخاصة المقاول، وفي هذا الصدد نصت المادة 21 فقرة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 المذكور آنفا، على أن المستشار الفني يضمن مطابقة الإنجاز للدراسة التي صممها.

وبذلك، لا تتحقق مسؤولية المهندس المعماري عن أخطائه في تصميم الدراسة فقط، بل تقوم مسؤوليته كذلك في حالة عدم مطابقة الإنجاز للدراسة.

وما يؤكد امتداد نطاق مسؤولية المهندس المعماري إلى عيوب التنفيذ، والتي يتحمل المقاول مسؤوليتها كقاعدة عامة، هو ما نصت عليه المادة 555 من القانون المدني، التي يبدو أنها اعتنقت مبدأ اقتصار المسؤولية على قدر المهمة المسندة للمهندس المعماري في عملية البناء.

وتجـــدر الملاحظة أن حكـــــــم المادة 555 ق.م، والمتعلقة بمسؤوليـــــة المهندس المعماري عـــن

عيوب التنفيذ جاء عاما ومطلقا، وغير واضح بالقدر الكافي، إذ أنه يقر مسؤولية المهندس المعماري عن عيوب التنفيذ لمجرد تكليفه بالرقابة على الأعمال، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كانت مسؤوليته عن عيوب التنفيذ تستغرق مسؤولية المقاول، أم أنه يكون مسؤولا عن هذه العيوب إلى جانب المقاول مسؤولية مشتركة؟.

وفي هذا الصدد، يفترض الفقه الفرنسي كما سبقت الإشارة، خطأ المهندس في الرقابة على الأعمال لمجرد وجود عيب في البناء، طالما أن قيام المهندس المعماري بواجب الرقابة على أمثل وجه من شأنه تفادي وقوع الأخطاء في التنفيذ، ولأجل ذلك، يجب على المهندس أن يقوم بزيارات تفقدية للورشة، والتي لا يشترط فيها أن تكون يومية، ولا آنية أي لحظة بلحظة، بل يكفي أن تكون مستمرة ومنتظمة ولو كانت على فترات متقطعة.

ولكن هل معنى ذلك أن مسؤولية المهندس المعماري تشمل جميع العيوب التي ترجع إلى أخطاء المقاول في التنفيذ؟ طبعا لا يمكن مساءلة المهندس عن كل خطأ في التنفيذ يصدر من المقاول لمجرد أنه مكلف بالرقابة على الأشغال، وإنما تتحدد مسؤوليته عن تلك العيوب التي يمكن له كشفها، لأن المهندس المكلف بالرقابة غير ملزم بالتواجـــــــد الدائم والمستـــمر بالورشة ومباشرته للرقابة على أعمال المقاول عن كثب أي أول بأول وإلا كان مقصرا.

ولعل سبب إلقاء المشرع في المادة 555 من القانون المدني بعبء المسؤولية عن عيوب التنفيذ على عاتق المهندس المعماري مع أن المسؤول الحقيقي عنها هو المقاول، إنما هو تمكين رب العمل(مالك البناء) من الحصول على التعويض، لكن هذا لا يمنع المهندس المعماري من الرجوع بعد تعويضه لرب العمل على المقاول إذا كان خطأ هذا الأخير هو السبب الوحيد للعيب.

ولكـــــن إذا حملنا المقاول انتهاء عبء المسؤولية الكاملة عن عيـــوب التنفيذ، فمعنـــــى ذلك أن الالتزام بالرقابة الملقى على عاتق المهندس المعماري يصبح غير ذي معنى، وفاقـــــــدا للمغـــــــــــــــزى الذي أريد له.

وفي هذا الصدد، لا يجوز للمهندس أن يتمسك بخطأ المقاول لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه هذا ما لم يكتس خطؤه خصائص القوة القاهرة.

- يتضح من خلال هذه الدراسة أيضا، أن ضمان حسن تنفيذ المباني والمنشآت العقارية الأخرى لا يمكن بلوغه فعلا إلا من خلال فرض احترام المقاول والمهندس المعماري للالتزامات الملقاة على عاتقهما، وآداء كل واحد منهما لالتزامه وفق شروط العقد من جـــــــــــهة، وطبقا لأصول الفن المعماري من جهة أخرى، مع ضرورة مراعاة القوانين والتنظيمات المعمول بها في مجـــال البنـــــــاء والتعمير، علما أن الضمانات القانونية اللاحقة على استلام الأشغال (الضمان العشري مثلا) غرضها علاجي فقط، أي أنها تهدف فحسب إلى إصلاح الأضرار المادية اللاحقة بالمنشأة نتيجة الأخـــــــطاء التي صاحبت تنفيـــــــــذ الأعمال اللازمة لإنجازها، ونفس الكلام ينطبق على ضمان كمال الإنجاز، فغرضه علاجي أيضا.

كما أن سبب تطبيق الضمان القانوني اللاحق لاستلام المنشأة إنما يجد مصدره في التنفيذ السيئ للالتزامات المتولدة عن العقود المبرمة بين رب العمل والمقاول أو المهندس المعماري لذلك إذا أدى كل منهما التزاماته على أمثل وجه، طبقا لمقتضيات مبدأ حسن النية، كنا في غنى عن أي ضمان قانوني لاحق، وقد كان هذا في الواقع هدفنا من وراء إعداد هذا البحث.

ولأجل التصدي لظاهرة سوء تنفيذ المباني، نص المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي على عدة مبادئ، كان الهدف من تكريسها وقائيا بامتياز، عملا بقولة : " الوقاية خير من العلاج"، ألا وهي:

* مبدأ التدخل الإلزامي للمهندس المعماري L'intervention obligatoire de l'architecte

وهو ليس واجبا مفروضا على المهندس المعماري، وإنما هو التزام يقع على كل شخص يرغب في تشييد بناية أو جزء من بناية حسب المادة 55 من قانون رقم: 90-29 يتعلق

بالتهيئة والتعمير، معدل ومتمم بقانون رقم: 04-05 آنف ذكره، وهذه الإلزامية تفرض على المعني أن يقدم ضمن ملف طلب رخصة البناء تصميما يحمل تأشيرة مهندس معماري معتمد، غير أن إلزامية تدخل المهندس المعماري تقتصر للأسف على وضع التصاميم دون الإشراف على التنفيذ، كما يظهر من مقتضيات نص المادة 55 المذكورة آنفا.

ونرى في هذا الصدد، ضرورة توسيع نطاق تدخل المهندس المعماري فيما يخص التزامه بالرقابة إلى مشاريع البناء الخاصة، إذ لا يوجد ما يحول دون توسيع هذا التدخل خاصة وأن عدد الإطارات الحائزة على شهادات مهندس معماري ومهندس مدني كثيرون في بلادنا.

هذا، وقد أصبح تدخل مهندس مدني Ingénieur en génie civile في وضع مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء إلزاميا أيضا، غير أن تدخله يكون قاصرا على إعداد الدراسة التقنية للمشروع فقط، وهذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون 04-05 يعدل ويتمم قانون 90-29 يتعلق بالتهيئة والتعمير، ويعتبر هذا التدخل التشريعي أحد أبرز مظاهر الحماية في مجال إنجاز البنايات، وذلك بعد أن أدرك مشرعنا مدى خطورة ما قد يترتب على سوء تشييد المباني من عواقب لا يحمد عقباها بالنسبة للأشخاص والأموال على حد سواء.

* مبدأ عدم الجمع بين مهنة المهندس المعماري وبعض المهن الأخرى « Principe de non cumule entre la profession d'architecte et d'autre professions assimilés »

وقد نصت على هذا المبدأ المادة 22 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم: 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري المذكور سابقا، ويعني منع الجمع بين ممارسة مهنة المهندس المعماري وبعض المهن المتعارضة معها، كمهنة الممون بمواد ولوازم البنـــــاء، أو الصانع لها..ولعل الغرض من هذا الحـــــــظر هو الرقـــــــي بمهنــــــة المهندس المعمـــــاري وتطويرها.

* مبدأ وحدانية صفة صاحب العمل: L'unicité du maitre d'œuvre

وقد تم النص على هذا المبدأ بطريقة ضمنيـــــــة، وذلك عندما اشتــــــــرط المشرع فـــي التصميـــــــم

الذي يتكون منه ملف طلب رخصة البناء، أن يكـــــــــون حاملا تأشيـــــــــرة مهندس معماري معتـــــــمد ونصه أيضا على الحظر المتضمن عدم جواز الجمع بين مهنة المهندس المعماري وبعض المهن المتعارضة معها.

ومفاد هذا المبدأ، عدم جواز القيام بمهام المهندس المعماري من إعداد للتصاميم والإشراف على التنفيذ إلا ممن كان مؤهلا فنيــــــــا ومهنيا للقيـــــــــــــــــام بذلك، ولعل الشخص الذي تتوافر فيــــــــــــــه المؤهلات الفنيــــــــــــة والكفاءات المهنية لإعداد مشاريع البناء ومتابعة إنجازها، هو المهندس المعماري، وهذا ما نصت عليه المادة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15 ماي 1988 الذي يحدد كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجر ذلك المذكور سابقا، كما حدد القرار المؤرخ في: 5 ماي 1992 قائمة الأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء، وحسب المادة 2 و 3 من هذا القرار هم: الأشخاص الطبيعيون المعتمدين قانونا من طرف الوزير المعني، الشركات المدنية المهنية التي يكونها مهندسان معماريان أو أكثر، مكاتب الدراسات العمومية التي لها صلاحيات في الهندسة المعمارية والتي توظف مهندسين معماريين، مكاتب الدراسات التقنية المعتمدة من قبل الوزير المكلف بالبنـــــاء، والتي توظف بصفة دائمة مهندسين معماريين معتمدين.

وتجلى من هذه النصوص بأن ممارسة مهام المهندس المعماري لا يمكن أن يضطلع بها سواه من العاملين في مجال البناء، وهذا يعد أحد الضمانات القوية التي تكفل في الواقع لأصحاب المشاريع الحصول على منجزات عقارية تتوافر فيها عوامل الصلابة والمتانة.

لكن ينبغي على المشرع التفكير في وضع آليات لتفعيل هذه النصوص على أرض الواقـــــع وذلك للقضـــــــاء على ظاهــــرة التـــــــــعدي على هذه المهنـــــة من طرف غير المختصين، والذين يمارسون في الحقيقة مهاما هي في الأصل من اختصاص المهندسين المعماريين.

- أما بالنسبة للمقاول، فإن دوره لا يقل أهمية عن دور المهندس المعماري، وبالتالـــــي فقيامـــــــــه

بالبناء على نحـــــــو صحيح سوف يوفّر للمبنـــــــــى عوامل المتانة والشموخ، وبالتـــــــــالي ضمان أمن وسلامة الأشخاص والممتلكات، ولكن كما أسلفنا القول لن يتأتى ذلك إلا إذا راعى المقاول في التنفيذ شروط العقد وقواعد الفن في آن واحد، وهذا ما أقرته صراحة المادة 553 من القانون المدني، التي تلزم المقاول بالتنفيذ وفق الطريقة الصحيحة أي طبقا لقواعد الفن من جهة، وألا يكون تنفيذه منافيا لشروط العقد من جهة أخرى، كما يجب على المقاول زيادة عن ذلك، أن يراعي في البناء النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في مجال البنـــاء والتعمير.

كما أوجب المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العموميـة وتفويضات المرفق العام المذكور سابقا، على المتعامل المتعاقد(المقاول) في صفقة إنجـــــــــــــاز الأشغال، أن يكون تنفيـــــــــــذه كامـــــــــلا ومطابقا ووفيا(م. المادة 108 فقرة 2، والمادة 147 فقرة أولى).

فالتزام المقاول الرئيسي إذن يتمثل في التنفيذ المادي للأعمال اللازمة لإنجاز المنشأة على النحو المبين، وتشمل أعمال التأسيس، وإقامة الأعمدة الخرسانية الحاملة للبنـــــــــــــــــاء، وأعمال التغطية، والإحاطة، وغيرها من الأعمال

الأخرى التي تدخل في تكوين هيكل المنشأة، فهو باختصار من ينقل التصميم الهندسي من الحيز النظري إلى أرض الواقع.

ولأجل كفالة تنفيذ المقاول لأعمال البناء على نحو صحيح، أوجب المشرع في إطار قانون الصفقات العمومية في من تسند إليه مهمة تنفيذ المشروع، أن يكون قادرا على التنفيذ، وهذا من خلال تقديم المتعهد المرشح لشهادة التخصص والتصنيف المهنيين، المنظمتين بالمرسوم التنفيذي رقم: 93-289 مؤرخ في: 28 نوفمبر 1993 الذي يوجب على المقاولات المتدخلة في إطار إنجاز صفقات أشغال البناء، الأشغال العمومية والري، أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، حيث يعد تقديم هذه الشهادة، وهي وثيقة تنظيمية إلزاميا لدى كل التزام بأشغال البناء والأشغال العمومية والري.

كما أوجب المشرع أيضا حتى يقوم المقاول بتنفيذ التزاماته التعاقدية على النحو المذكور تقديم كفالة رد التسبيقات(م. 110 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247)، فضلا عن كفالة حسن التنفيذ(م. 1309 فقرة أولى من نفس المرسوم)، حيث يقوم المقاول في أغلب الأحيان تحت ضغط هذه الوسائل بالتنفيذ وفق بنود الصفقة وقواعد الفن.

كما قد يتعرض المتعامل المتعاقد(المقاول) للعقوبات المالية Pénalités financières في حالة التنفيذ غير المطابق لالتزاماته التعاقدية(م. 147 فقرة أولى من نفس المرسوم الرئاسي).

والواقع أننا لا نجد نظيرا لهذه الوسائل ضمن النصوص المنظمة لعقد مقاولة البناء في القانون المدني، وكل ما في الأمر أن هذا القانون منح لرب العمل حق مراقبة تنفيذ البناء من طرف المقاول(م. 553)، وهذه المكنة تسمح له في الحقيقة أن يتفادى إخلال المقاول بالتزاماته في مرحلة متقدمة من المشروع، سواء اتخذ هذا الإخلال صورة عدم المطابقة أو التنفيذ المعيـ ـ ـ ـ ب (خرق قواعد الفن).

وبذلك تمثل هذه السلطة أحد الضمانات الهامة التي منحها القانون المدني لصالح رب العمل باعتباره الطرف الضعيف في عقد مقاولة البناء، لأنها ترمي إلى الحيلولة دون وقوع ما لا يمكن إصلاحه من عيوب إلا بهدم ما تم معيبا من الأعمال، وهذا هو الهدف الذي نسعى إلى الإشادة به في إطار هذا البحث.

هذا، ويجوز لرب العمل إذا اقتضى الأمر طلب فسخ العقد بعد اعذاره للمقاول بضرورة العدول عن طريقة التنفيذ المعيبة دون جدوى، بل ودون حاجة إلى اعذار، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا(م. 553 فقرة 2 مدني)، وبذلك يكون المشرع قد وضـــــــع حــــــــدا لإهمال وتقصير المقاول في تنفيذ التزامه بالبناء، ومنع التمادي والاستمرار فيه.

ونقترح هنا أنه يجوز لرب العمل أن يدرج في العقد الذي يربطه بالمقاول شرطا جزائيا وذلك لأجل جبره على تنفيذ التزامه تنفيذا صحيحا، وهذا عملا بأحكام المادة 183 من القانون المدني، ولعل هذا الأمر كثير الحدوث في صفقات إنجاز الأشغال التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئاتها العامة مع مقاولات الإنجاز الخاصة، والذي يتخذ شكل العقوبات الماليـــــــــة وهذه الأخيرة تختلف عن الشرط الجزائي الذي لا يجوز للدائن فيه المطالبة بالزيادة في قيمة التعويض المحدد في العقد إذا تجاوز الضرر هذه القيمة إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم(م. 185 ق.م)، أما العقوبات المالية، فتكون مستحقة بغض النظر عن مدى الضرر الناجم للإدارة جراء عدم مطابقة الأشغال، بل إن استحقاق الإدارة لها لا يفقدها حقها في المطالبة بإصلاح كامل الضرر الحاصل لها، وهذا ما يستفاد من نص المادة 147 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المذكور سابقا.

- وقد خلصنا من خلال هذا البحث أيضا، إلى أن قواعد المسؤولية العقدية لا يقتصر تطبيقها على الأضرار(النقائص أو العيوب) التي تطرأ أثناء الإنجاز فقط، وهذا هو الوضع المألوف، بل يمتد تطبيق هذه القواعد أيضا على الأضرار(النقائص) التي تطرأ بعد اكتمال الأشغال واستلام رب العمل للبناء، وهذا ما كرسه القضاء الفرنسي في عدة حالات، حماية لحق رب العمل في الحصول على التعويض خاصة وأن التعويض استنادا إلى قواعد الضمان العشري لا يشمل إلا نوع معين من الأضرار(النقائص)، وهو التهدم الكلي أو الجزئي للمنشأة، وكذلك العيوب الجسيمة التي تعرض سلامة المنشأة واستقرارها للخطر، كما يظهر من مقتضيات نص المادة 554 من القانون المدني.

وبعبارة أخرى، إن قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام تلعب دورا تكميليا إلى جانب قواعد الضمان العشري، مما يعنـــــــــــي أنها تستوعب نقائص وثغرات هذا الضمان الاستثنائـــــــــي، ولكن يجب أن لا تحل مكانه، نظرا للمزايا التي تمنحها قواعد المسؤولية العقدية للمضرور(رب العمل) لاسيما من حيث التقادم.

ويكتسي هذا الحـــــــل القضائـــــي الفرنسي أهمية كبيرة، مما ينبغــــــي العمل به من طرف قضائنا

خاصة إذا ما علما بأن القانون المدني الجزائري لم ينظم أحكام ضمان كمال الإنجاز الذي يغطي في الغالب مثل هذه الأضرار(النقائص)، وحتى لو فرضنا تنظيمه لهذا الضمان الخاص فهو ضمان لا يستمر إلا لمدة محدودة، وهي سنة واحدة فقط.

وعلى ذلك، يستمر تطبيق المسؤولية العقدية للقانون العام بعد الاستلام في حالة الأضرار التي لا تثير تطبيق الضمان العشري، والمسماة الأضرار الوسيطة Dommages intermédiaires ، وعيوب المطابقة الخفية Défauts de non- conformités Cachés.

بالإضافة إلى خضوع المهندسين المعماريين وباقي مؤجري العمل الآخرين غير المعنيين بضمان كمال الإنجاز لقواعد هذه المسؤولية أيضا.

ولكن يجب أن لا تستبعد قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام تطبيق أحكام الضمان العشري إذا كان عدم المطابقة مثلا قد بلغ حدا من الجسامة، أي يستثير تطبيق الضمان العشري، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها، لعل أشهرها قرارها الصادر في: 1996/04/10، الذي جاء فيه: " يجب أن لا تستبعد قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام تطبيق الضمانات القانونية المنصوص عليها بالمادة 1792 حتى المادة 1792-5".

ونظرا لعدم تنظيم القانون المدني المصري على غرار القانون المدني الجزائري لأحكام ضمان كمال الإنجاز، فقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى وجوب مساءلة المقاول عن الأضرار غير المخلة بصلابة البناء بعد الاستلام استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية، وذلك للمدة القصيرة التي يقضي بها عرف الصنعة.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع قد نص على ضمان كمال الإنجاز لأول مرة بالمرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في: 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ثم بقانون 11-04 الذي يحدد قواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، غير أن هذا الأخير قصر تطبيقه على عقد بيع عقار مبني فقط(م. 26 فقرة3) دون عقدي حفظ الحق والبيع على التصاميم، مما يجب علينا التساؤل عن سبب هذا التحديد الذي حاولنا آنفا تقديم إجابة مفصلة له.

وعلى العموم، أن المرقي في إطار بيع عقار مبني يقترب وضعه من وضع المشيد- البائع منه إلى وضع المرقي الذي ينحصر دوره في المبادرة بعملية البناء ومتابعتها من مختلف الجوانب، القانونية والمالية والإدارية..الخ.

وبذلك، فضمان كمال الإنجاز هو ضمان قانوني لاحق لإنجاز المنشأة، يلتـزم بمقتضـاه المرقـي فـي إطار عقـد بيـع عقـار مبنـي طبقا للمادة 26 فقرة 3 والمادة 44 من قانون 11-04 بإصلاح ما يلحق البناء من عيوب خلال أجـل سنـة واحدة من يوم حيازة المقتني للبناية دون أن يكون هذا الأخير ملزم بإثبات أي شيء سوى وجود العيب.

ويتميز هذا الضمان الخاص بما يلي:

- أنه ضمان موضوعي يتحقق بمجرد ظهور العيب في البناء خلال أجل الضمان، ولا يعفى المرقي منه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

- أنه تهيئة خاصة للمسؤولية العقدية لعلاج مختلف النقائص التي تظهر في البناء خلال أجل السنة.

- أنه يتعلق بالنظـام العـام، وإن كان قانـون 11-04 سابق الذكر لـم يقـرر له هـذه الخاصـية إلا أنه يمكـن استخلاصها بنـاء علـى مقتضيات نص المادة الفقرة 3 من المادة 26 التي تنص على أنه :" غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية ..ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.."، فضلا عن كون هذا الضمان الجديد إنما تقرر لحماية المقتني، لكونه الطرف الضعيف في العقد المبرم مع المرقي.

- أنه ضمان واسع النطاق، إذ يمتد موضوعه إلى كل النقائص التي تلحق البناء أو عناصر تجـــــــهيز البناية بغض النــــــــظر عن درجة جسامـــــــة العيـــــــب أو خطورته، وبذلك فإنه يشمـــــــــل عـــــدم مطابقة البناء أيضا.

ومن النقائص التي نسجلها بخصوص تنظيم المشرع لهذا الضمان الخاص، نورد ما يلي:

- لم يحدد صراحة نقطة بدء سريان أجل هذا الضمان، وعليه، فهل هو وقت استلام البناء من طرف المرقي من عند المقاول، أم هو وقت حيازة البناء من طرف المقتني؟

- لم يبين المشرع كيفيـــــة إعمـــــــــال هذا الضمان، إذ أنه لــــــــم ينظـــــــــــم المسائل الإجرائية الآتية:

- إغفال مسألة إخطار المرقي بظهور العيب في البناء، ووسيلة هذا الإخطار، وجزاء عدم الإخطار، لأن أجل تنفيذ أشغال الإصلاح تبدأ من وقت الإخطار، وفي حالة عدم الإخطار من أين يبدأ هذا الأجل؟

- كما أنه لم ينظم كيفية مباشرة الأشغال الضرورية لإزالة العيوب من حيث مداها، وفي حالة امتناع المرقي عن مباشرة تلك الأشغال، فإنه لم يبين جزاء ذلك؟ وفي حالة تنفيذ أشغال الإصلاح الضرورية بعد الاتفاق عليها بين طرفي الضمان، كيف تتم معاينة حسن هذا التنفيذ؟

وعلى ذلك، نأمل أن يصدر في القريب العاجل نصا تنظيميا لمختلف هذه المسائل التي يتوقف عليها تطبيق هـذا الضمان الجديد الذي خصه قانون 11-04 بمادتين فقط.

- **بالنسبة للضمان العشري**:

لقد وسع المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي من نطاق تطبيق الضمان العشري من حيث الموضوع والأشخاص الملزمين به من جهة، كما أنه أقام الضمان العشري على قرينة قانونية قاطعة مع افتراض التضامن فيه، واعتبار قواعده من النـــــــظام العام من جـــــــهة أخـــــــــرى ولعل كل هذه المعطيات جعلت من الضمان العشري له ذاتية مستقلة.

- بالنسبة لامتداد نطاق الضمان العشري من **حيث الموضوع**: لم يعد الضمان العشري قاصرا على المباني والمنشآت الثابتة الأخرى كما قررت ذلك المادة 554 من القانون المدني، وإنما أصبح تطبيقه يشمل أيضا عناصر تجهيز البناية غير القابلة للانفصال عن منجـــزات التهيئة ووضـــــــــع الأساس، والتغطية، والإحاطة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 181 من قانون التأمينات رقم: 95-07، وكذلك المادة 23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ

فـــــــي: 15 ماي 1988، والتي تستجيب لقيود الاستعمال، وتكون مطابقة لاحتياجات المستعمل، كالمصاعد الكهربائية، وجهاز التدفئة المركزي..الخ.

والمقصود بالمنشآت الثابتة حسب المادة 23-2 من هذا القرار، " التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت(منجزات الأسس، والهياكل الفوقية، والأسوار، والسقف)، والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل"، وليس المنشآت الأخرى من دون المباني كالسدود، والجسور، والموانئ، والمطارات.

ونظرا لأهمية تحديد مفهوم المباني والمنشآت الثابتة الأخرى في معرفة نطاق تطبيق الضمان العشري، فقد حاولنا في إطار هذه الدراسة، تحديد مدلول هذه المصطلحات، وهذا بسبب الغموض الذي يكتنفها نتيجة عدم تحديد مفهومها بوضوح من طرف المشرع.

وعليه، لم يعد تطبيق الضمان العشري قاصرا على المباني والمنشآت الثابتة الأخرى كما نصت على ذلك المادة 554 من القانون المدني، بل أصبح يطبق أيضا على الأضرار التي تلحق عناصر تجهيز البناية إذا كانت هذه العناصر تشكل جزءا لا يتجزأ من منجزات التـــــهيئة ووضع الأساس، والهيكل، والإحاطة، والتغطية، وهذا ما نصت عليه المادة 181 من قانون التأمينات رقم: 95-07 المذكور سابقا.

ولعل مرد هذا التوسع يرجع إلى كون عناصر تجهيز البناية، تصبح بعد تثبيتها بالمنشأة جزءا من العناصر الإنشائية للبناية، بحيث يؤدي فكها أو نزعها إلى تضرر البناية ذاتها، مما يجب إخضاعها لنفس الضمان.

ولكـــــــن هل يخضـــــــع المقاول الذي قام بتثبيت العناصر التجـــــــهيزية بالبناية وحـــــــده للضـــمان العشري أم يخضع للضمان صانعها أيضا، وهذا ما سنوضحه أدناه.

أما بالنسبة لامتداد نطاق الضمان العشري من **حيث الأشخاص،** فلم تعد أحكامه قاصرة على المقاول والمهندس المعماري كما هو محدد بالمادة 554 من القانون المدني، بل أصبح يشمل فضلا عنهما أشخاصا آخرين مثل المراقب الفني حسب المادة 178 من قانون التأمينات رقم: 95-07، والمرقي العقاري حسب مقتضيات المادة 26 فقرة 3 من قانون 11-04 وذلك في إطار عقد بيع عقار مبني، والمادة 46 من نفس القانون، ولكن حسب هذه المادة الأخيرة لا يلتزم المرقي بالضمان العشري إلا في حالة إخلاله بالإلزام المفروض على عاتقه والمتمثل في طلب التأمين الإلزامي من الأشخاص الخاضعين للضمان حسب المادة 47 من نفس القانون، وبالتالي فالمرقي في إطار عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق يكون دائنا بالضمان العشري تجاه المتدخلين في تنفيذ المنشأة وليس مدينا به، وهذا ما لم يخل بالتزامه المذكور، وهذا الحكم القانوني لم ينص عليه المشرع صراحة على غرار التزام المرقي بالضمان العشري المنصوص عليـ ـه صراحة بالمـ ـ ـ ـ ـادة 26 فقرة 3 المذكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـورة، وإنما يستخلص ضمنا من مقتضيات نص المادة 47 من قانون 11-04.

وللإشارة، فإن المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، كان ينص صراحة في المادة 8 فقرة 4 منه، على أن يتحمل المتعامل في الترقية العقارية استثناء المسؤولية المدنية الناجمة عن العواقب المالية المترتبة عن إخلاله بالالتزام المنصوص عليه بنفس المادة فقرة 2.

وبالتالي، فإن المسؤولية عن الضمان العشري في إطار البيع على التصاميم وعقد حفظ الحـ ـق يتحملها الأشخاص المذكورين بالمـ ـ ـ ـ ـ ـادة 46 من قانون 11-04، وهـ ـ ـ ـ ـ ـ ـم: مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، وبذلك فالمرقي هنا يكون دائنا وليس مدينا بالضمان

العشري إلا إذا أخل بالواجب المفروض على عاتقه، والمنصوص عليه بالمادة 49 فقرة 1، 2 من نفس القانون.

وتجـــــدر الإشارة هنا، أن قانون 11-04 لا يشتـــــــرط لتطبيـــــــق الضمان العشري سوى وجـــــــود علاقة تعاقدية مباشرة بين المتدخل وصاحب المشروع، وذلك بصرف النظر عن طبيعة العقد المنشئ لهذه العلاقة(مقاولة، بيع..)، وهذا على عكس ما تقضي به المادة 554 من القانون المدني التي تستوجب ولو بصفة ضمنية وجود عقد مقاولة مبرم بين رب العمل والمقاول أو المهندس المعماري، نظرا لورود نص المادة 554 وما بعدها ضمن الأحكام المنظمة لعقد المقاولة بوجه عام، أما بالنسبة لارتباط المقاول أو المهندس المعماري مع رب العمل بعقد فيمكن التدليل عليه من خلال أحكام المادة 556 من القانون المدني التي استبعدت صراحة خضوع المقاول الفرعي الذي يرتبط تعاقديا مع المقاول الأصلي لأحكام الضمان العشري وهذا الاشتراط يعد دليلا قاطعا على الغاية من استحداث المشرع للضمان العشري، وهي إرادته في توفير الحماية اللازمة لرب العمل باعتباره الطرف الضعيف فنيا واقتصاديا في عقد مقاولة البناء، الأمر الذي يختلف في العقود التي يبرمها المرقي العقاري مع المقاولين ومكاتب الدراسات لإنجاز مشاريع المباني التي يتخذ مبادرة القيام بها سواء كان هو المالك النهائي لها أو لا.

وعلى عكس المادة 554 من القانون المدني التي ضيقت من قائمة الأشخاص المسؤولون بالضمان العشري، فإن المادة 46 من قانون 11-04 ألقت بالمسؤولية العشرية على عاتق المقاولين ومكاتب الدراسات، وكل متدخل آخر يرتبط مع صاحب المشروع بعقد أيا كانت طبيعة هذا العقد، وبذلك يكون هذا القانون قد اشترط في الشخص لكي يتحمل المسؤولية

العشرية، أن يكون تدخله في إنجاز المنشأة بناء على عقد مبرم مع صاحب المشروع فقـ ـ ـ ـ ـ ـط ومن ثم، يمكن تسجيل بعض النقائص على هذه المادة، وهي:

- أن قانون 11-04 لم يشير في المادة 46 إلى طبيعة هذا التدخل الذي يبرر تطبيق المسؤولية العشرية، ذلك أنه ليس كل من يؤدي دورا ما في عملية البناء تطاله أحكام هذه المسؤولية الخاصة وإلا جردناها من طبيعتها الاستثنائية، وبالتالي زوال الحكمة التي تقررت لأجلها، وهذا عملا بالقاعدة التي تقضي بأن الاستثناء يجب تطبيقه في الحدود المقررة له قانونا ولا يجوز التوسع في تفسيره.

فبائع مواد البناء مثلا يمكن وفقا لمقتضيات هذا النص مساءلته حتى وإن لم يؤد أي دور مباشر في تنفيذ الأشغال، طالما كان مرتبطا مع صاحب المشروع بعقد، ولذلك يجب إضافة إلى النص عبارة " ..و المتدخلين الآخرين في **عملية البناء**..".

كما يجب استبعاد المقاولين الذين لا يتصل عملهم مباشرة بعملية البناء حتى ولو كانوا مرتبطين مع صاحب المشروع بعقد كمقاول البياض والدهان..الخ، لأن الضمان العشري إنما تقرر لضمان كفالة صلابة المباني وخلوها من العيوب.

ولعل هذا التوسع إنما يراد به حماية الملاك النهائيين(المقتنين) للشقق والسكنات التي يبادر المرقي بعمليات إنجازها، لأن ضمان حسن تنفيذ المقاولين والمهندسين المعماريين لالتزاماتهم تجاه المرقي(صاحب المشروع) إنما يكفل في النهاية لزبائنه من المقتنين الحصول على سكنات متينة وخالية من العيوب.

- وبالنسبة لورود كلمة مهندس معماري بالمادة 554 من القانون المدني لا يعني أنه هو المهندس الوحيد المعني بتطبيق أحكام الضمان العشري، لذلك يجب إضافة إلى قائمة المدينين بالضمان إلى جانب المهندس المعماري، وهو الشخص المؤهل قانونا لوضع الرسم الهندسي المهندس المدني، وهو الشخص صاحب الصفة لإعداد الدراسة التقنية للمشروع.

- ويؤخذ على المشرع كذلك أنه لم يورد من بين الخاضعين للضمان العشري بائع العقار بعد تمام التشييد Vendeur-constructeur، على خلاف المشرع الفرنسي الذي جعله مدينا بالضمان في المادة 1792 فقرة-1، 2 ق.م.

ولذلك ندعو مشرعنا إلى تطبيق أحكام الضمان على من يقوم ببيع عقار بعد تمام تشييـده سواء شيده بنفسه أو بواسطته غيره، لأن الواقع العملي أصبح يشهد مؤخرا عمليات تشييد بنايات

من طرف الأفراد العاديين لأجل بيعها، ويطرح التساؤل عن نوع الضمان الواجب التطبيق في هذه الحالة، هل هو الضمان المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني أم ضمان العيوب الخفية في عقد البيع؟.

كما نتساءل كذلك عن إمكانية إخضاع صانع عناصر تجهيز البناية للضمان العشري طالما أن الأضرار المخلة بصلابة هذه العناصر يغطيها الضمان المنصوص عليه بالمادة 554 من القانون المدني إعمالا لنص المادة 181 من قانون التأمينات رقم: 95-07.

في الحقيقة لم يبين المشرع من خلال نص المادة 181 من قانون التأمينات ما إذا كان المقاول هو الشخص المسؤول عن الأضرار المخلة بصلابة عناصر تجهيز البناية أو الصانع لها، وكل ما نصت عليه هذه المادة هو شمول الضمان العشري المنصوص علية بالمادة 178 من نفس القانون لهذه العناصر فحسب، مما يتوجب على المشرع تحديد المسؤول عنها، رفعا لأي نزاع قد يثار مستقبلا حول هذه المسألة. وفي هذا الصدد نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد جعل صانع عناصر تجهيز البناية، مسؤولا بالتضامن إلى جانب المقاول الذي قام بتركيبها عن ما قد يلحقها من أضرار(م.1792-4 مدني).

كما نتساءل هنا عن إمكانية امتداد الضمان العشري للعناصر التجهيزية ذات الاستعمال الصناعي؟

إذا أخذنا بالمعنى الواسع لنص المادة 181 من قانون التأمينات رقم: 95-07 لقلنا بشمول الضمان العشري للعناصر التجهيزية ذات الاستعمال الصناعي، ولكن هذه المادة إنما تتكلم عن البناية بمعنى Bâtiment، وهي كلمة ذات معنى ضيق مقارنة بكلمة Construction أو Edifice، مما يعني اقتصار حكم هذا النص على عناصر تجهيز البناية ذات الاستعمال السكني أو المهني دون سواها، ولا أدل على هذا المعنى هو ما نصت عليـــــه المــــــــادة 23 -2

من القرار الوزاري المشترك المؤرخ فـــــــــي: 15 ماي 1988 بقولـــــــــــها: "..و التـــــــــي من شأنها أن

تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل".

- ومما لا شك فيه، أن الضمان العشري يشمل فضلا عن تهدم البناء، العيوب الماسة بصلابة المنشأة، ولعل سبب ذلك يرجع أحيانا إلى عيوب المواد المستعملة فـــــــــي البنـــــــــاء من اسمنـــــــت وحديد التسليح..الخ.

ومع ذلك لم يورد المشرع بائع هذه المواد ضمن المدنيين بالضمان العشري سواء في المادة 554 من القانون المدني، أو في النصوص الخاصة مثل قانون التأمينات، ولعل سبب ذلك يرجع إلى أن المهندس المعماري الذي يعهد إليه برقابة الأشغال يكون ملزما بفحص مواد البناء والتأكد من جودتها وصلاحيتها تحت طائلة قيام المسؤولية، كما يتحمل المقاول باعتباره رجل فن من جهته بهذا الالتزام، تنفيذا لواجب النصح الذي يثقل كاهله تجاه رب العمل، ولكن في حدود ما لديه من خبرة مهنية وكفاءة فنية.

ولذلك، فعيوب المواد في القانون الجزائري يسأل عنها المهندس المعماري بصفة رئيسية نظرا لوجود أكثر من نص قانوني يرتب عليه التزام بفحص المواد والتأكد من صلاحيتها للبناء وهو التزام يندرج ضمن التزامه الرئيسي بالرقابة على التنفيذ كما سبقت الدراسة.

ولكـــــــن لا يقوم التـــــــزام المهندس المعماري بالضمان هنا لوجـــــود عيب في المواد فـــــــي حد ذاتـــــــــــه وإنما للتقصير والتهاون في القيام بواجب فحصها.

كما يتحمل المقاول إلى جانب المهندس المعماري المسؤولية عن عيوب المواد إذا سمحت له خبرته وكفاءته المهنية بالكشف عنها أثناء التنفيذ.

ويجوز للمقاول الرجوع بعد تعويضه لرب العمل على بائع المواد على أساس قواعد الضمان في عقد البيع.

- بالنسبة للمفاضلة بين المسؤولية العقدية للقانون العام وقواعد الضمان العشري:

لقد تبين لنا من خلال دراستنا للمسؤوليـــــة العقدية أن الحـــــــماية التـــي توفرها هذه القواعد لرب

العمل تعد أشمل وأوسع من الحماية التي تكفلها قواعد الضمان العشري لاسيما من حيث مدى الضرر القابل للتعويض.

* من حيث مدى الضرر القابل للتعويض:

يسأل المقاول والمهندس المعماري وفقا للمسؤولية العقدية للقانون العام عن كافة أوجه الضرر الناجم عن عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته تجاه رب العمل، وهذا ليس إلا تطبيق لأحكام المادة 182 من القانون المدني، بينما لا يكون أي منهما مسؤولا تجاه رب العمل طبقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني إلا عن نوع معين من الأضرار أو العيوب، وهي: تهدم البناء الكلي أو الجزئي، فضلا عن العيوب التي تؤثر في متانة البناء وسلامته، ومن ثم، يجب استبعاد التعويض عن الأضرار الأخرى استنادا إلى هذا الضمان كالأضرار الجمالية مثلا...الخ، ومن هذه الناحية تكمن أهمية إعمال قواعد المسؤولية العقدية بعد الاستلام.

* كما تظهر أهمية هذه القواعد أيضا من حيث مدة التقادم، فبينما تتقادم دعوى الضمان العشري بانقضاء ثلاث سنوات من يوم حصول التهدم أو ظهور العيب المؤثر في البناء(م. 557 مني)، نجد دعوى المسؤولية العقدية لا تسقط إلا بمضي 15 سنة(م. 308 من ق.م) ولأجل ذلك، حدد القضاء الفرنسي مدة تقادم دعوى المسؤولية العقدية للقانون العام لأجل الأضرار الوسيطة، وعيوب المطابقة الخفية بعد الاستلام بعشر سنوات حتى لا يستغل رب العمل هذه المكنة لأجل الحصول على فائدة أكثر.

كما أنه قيد في هذا الصدد رجوع رب العمل على أساس قواعد المسؤولية العقدية للقانون العام بعد الاستلام على هذا النحو: إذا كان عدم المطابقة له خصوصيات العيب الموجب للضمان العشري، فإن إصلاحه لا يكون إلا استنادا إلى أحكام الضمان العشري، وإذا كان لا يثير ذلك فإن التمسك بالتعويض استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية يكون في حدود مدة التقادم القصير أي عشر سنوات.

ومن محاسن المسؤولية العقدية أنها تتحدد بناء على نطاق تدخل كل من المقاول والمهندس المعماري، أي في حدود المهمة المسندة إلى كل واحد منهما، فيسأل المقاول مبدئيا عن عيوب التنفيذ، بينما تقوم مسؤولية المهندس المعماري عن أخطائه في وضع التصميم ناهيك عن إهماله في الرقابة على التنفيذ.

لكن، وكما اتضح من خلال هذه الدراسة، أن المهندس المعماري قد تثور مسؤوليته عن عيوب التنفيذ متى صدر منه إهمال أو تقصير في الرقابة على التنفيذ، كما قد تتحقق مسؤولية المقاول عن أخطاء المهندس المعماري في التصميم متى كان عيب التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على مقاول مجرب في نفس مستواه الفني، وهذا لا يعتبر خروجا عن المبدأ المذكور، وهو وجوب تقرير مسؤولية كل متدخل في عملية البناء في حدود المهمة المسندة إليه وإنما تفرضه طبيعة العمل التشييدي الذي يقتضي مساهمة أكثر من شخص لتنفيذه، مما

لا يمكن معه تقدير مسؤولية كل واحد من المتدخلين في تنفيذ نفس العمل بغض النظر عن مسؤولية الآخر، نظرا لارتباط مهامهم بعضها ببعض.

ويختلف الأمر بالنسبـ ـة للضمان العشري، إذ تكـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـون المسؤولية فيـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـه تضامنية بيـ ـ ـ ـ ـ ـن المقاول والمهندس المعماري(م.554 مدني). ويترتب على ذلك، أن يكون المقاول مسؤولا عن أخطائه الشخصية في التنفيذ إلى جانب أخطاء المهندس المعماري في التصميم، كما يكون المهندس المعماري مسؤولا عن أخطائه الشخصية في تصميم الأعمال إلى جانب مسؤوليته عن أخطاء المقاول في التنفيذ متى كان مكلفا بالرقابة على التنفيذ، مما يعني مسؤولية أحدهما عن خطأ الآخر، وفي هذا الصدد لا يستطيع أي منهما التمسك بخطأ الأخر لأجل نفي المسؤولية عن نفسه، وإنما يكـ ـ ـ ـ ـون له حـ ـ ـ ـ ـق الرجـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـوع على المسؤول الحـ ـ ـ ـ ـقيقي طبقا للقواعـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـد العامـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـة فـ ـ ـ ـ ـ ـي المسؤولية التقصيرية بعد تعويض رب العمل عن الضرر المترتب عن سوء تنفيذ الأشغال.

لكـ ـ ـ ـ ـن من مزايا الضمان العشري أنه مفتـ ـ ـ ـ ـرض افتـ ـ ـراضا قاطعا، فضلا عن كونه من النـ ـ ـ ـظام

العام، على عكس المسؤولية العقدية للقانون العام التي لا تعتبر قواعدها من النظام العام(م. 178 فقرة 2 ق.م).

* افتراض الضمان العشري افتراضا قاطعا:

يتحقق الضمان العشري بمجرد إثبات حدوث الضرر، أي حصول التهدم أو ظهور العيب المؤثر في البناء خلال مدة العشر سنوات الموالية لاستلام المنشأة نهائيا(م.554 فقرة 2 من ق.م) دون حاجة إلى إثبات أي شيء آخر، وعندئذ يفترض أن التهدم أو العيب سببه وجود عيب في التشييد(خطأ في التصميم أو عيب في التنفيذ).

وبمعنى آخر، لا يلزم رب العمل لاستحقاق التعويض استنادا إلى الضمان العشري إثبات خطأ المقاول أو المهندس المعماري، بل يكفي لتحقق الضمان إثبات وجـــــــــــود عيــــــــب فــــــي البناء و ليس السبب الذي أدى إلى حدوثه، ولا تنتفي هذه القرينة إلا بإثبات السبب الأجنبي.

* قواعد الضمان العشري من النظام العام:

على عكس المسؤولية العقدية للقانون العام التي لا تعتبر قواعدها من النظام العام(م. 178 فقرة 2 من ق.م)، فإن قواعد الضمان العشري تعتبر من النظام العام(م. 556 من ق.م).

ولكن هذا لا يعني جواز الاتفاق على إعفاء المقاول والمهندس المعماري من مسؤوليتهما عن عيوب البناء خلال الفترة السابقة على الاستلام، إذ أن الطبيعة الخاصة لعقد تشييد الأبنية وتعلق نشاط البناء عموما بالسلامة العامة يستدعيان بطلان كل اتفاق يقضي بالإعفاء من المسؤولية عن النقائص التي تطرأ أثناء التشييد.

ونظرا لخطورة عمليات إنجاز مشاريع البناء، فرض قانون التأمينات رقم: 95-07 على القائمين بالبنــــــاء وجــوب التأميــــــــن من مسؤوليتــهم المدنية المهنيــــــة بسبب إنجـــــــاز أشغال البنــاء (م. 175 من نفس القانون)، وكذلك التأمين من المسؤولية العشرية(م. 178 من نفس القانـــــــــون)، لذلك نرى أن المسؤولية العقدية للمقاول أو المهندس المعماري تقوم بمجرد ثبوت وجود نقائص في تشييد البناء حتى ولو وجد بند في العقد المبرم مع رب العمل يقضي باستبعاد المسؤولية.

- ومن مظاهر الحماية المقررة في مجال البناء العقاري أيضا، وجوب التأمين الإلزامي من المسؤولية العشرية لفائدة أرباب المشاريع، حيث يلزم المقاول والمهندس المعماري طبقا

للمادة 178 من قانون التأمينات رقم: 95-07 بإبرام عقد تأمين من مسؤوليتهما العشرية التي قد تترتب عن تدخلهما في إنجاز المنشأة.

ولكن لا يمكن التأمين من المسؤولية العشرية إلا بناء على تأشيرة هيئة المراقبة التقنية للبناء المنصوص عليها بالمادة 4 فقرة أولى من مرسوم رقم: 86-205 يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، والتي لا يمكن الحصول عليها ما لم يبرم رب العمل مع تلك الهيئة، اتفاقية الرقابة التقنية حسب ما تنص علي ـــــــه المادة 18 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ ف ـــــــــــي: 15 ماي 1988 المذكور سابقا.

وهذا الربط إنما يراد به كفالة حسن تنفيذ مشاريع البناء، ولكن يبقى ذلك محصورا ضمن المشاريع التي تكون الدولة طرفا فيها، سواء تعلق الأمر بالتأمين الإلزامي أو بإبرام اتفاقية الرقابة التقنية للبناء، ولأن السكنات الخاصة لا يبرم المشيدين لها أي تأمين من العواقب المالية الناجمة عن المسؤولية العشرية، فهي معفاة من ذلك بنص قانوني، وهو نص المادة 182-2 من قانون التأمينات رقم: 95-07.

كما أن إلزام هيئة المراقبة التقنية للبناء لمراقبة إنجاز السكنات الخاصة غير وارد أيضا لأن صلاحيات هذه الهيئة يتحدد بالمباني التي تدخل في نطاق اختصاصاتها فقط، لذلك نرى من الضروري تعمي ـــــم عمل هذه الهيئة ليشمل مراقبة جمي ـــــــــع أنواع البنايات أيا كانت صفة أصحابها، ولا يتوقف تدخلها لمراقبة البنايات الخاصة على رغبة هؤلاء.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

I- الكتب:

أ- الكتب العامة:

1- أسامة محمد طه إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، طبعة أولى، دار النهضة العربية، 2008.

2- أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، طبعة أولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

3- إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل: عقد المقاولة (فقها و قضاء)، طبعة أولى منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

4- إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء (فقها و قضاء) ، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة- الإسكندرية، 2003.

5- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري: الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب القانون)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 1999.

6- جعفر الفضيلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة) ، دون طبعة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

7- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دون طبعة، دار هومة، بوزريعة- الجزائر 2002.

8- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء الحادي عشر، دون طبعة، دار الثقافة بيروت- لبنان.

9- سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دون طبعة، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو- الجزائر، 2008.

10- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.

11- عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني: العقود المسماة(المقاولة، الوكالة، الكفالة) طبعة أولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: العقود الواردة على العمل(المقاولة، الوكالة، الوديعة، الحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1964.

13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

14- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

15- علي بن غانم، الوجيـــــــــــــز فـــــــــي القانون التجـــــــــاري وقانون الأعمـــال، دون طبعة، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

16- علي فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، دون طبعة، موفم للنشر والتوزيع الجزائر 2001.

17- علي فيلالي، نظرية الحق، دون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

18- علي فيلالي، الالتزامات: العمل المستحق للتعويض، دون طبعة، موفم للنشر والتوزيع الجزائر، 2002.

19- عبد الحليم عبد اللطيف القونى، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، 2004.

20- فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 2006.
21- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضـــــــــــــاء، الطبعة الثانـــــــــــــي منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
22- محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
23- محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة: الأشغال العامة الجزء الثاني، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
24- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة- الجزائر، 2005.
25- محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دون طبعة، دون دار نشر، 1977.
26- محمد حسنين، أحكام الالتزام، الشركة الوطنية للكتاب، دون طبعة، الرغاية- الجزائر 1984.
27- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام) ، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2010.
28- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للإلتزامات (مصادر

الالتزام- التصرف القانوني) ، جزء أول(العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الثانية، دار الهدى عين مليلة- الجزائر، 2004.

ب- الكتب المتخصصة:

1- أحمد شرف الدين، عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها، جامعة عين شمس، القاهرة 2008.

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتـــــــــــزام بالنصيحة فـــــــي نطـــــــاق التشييـــــــد: دراسة قضائيـــــــة وفقهية مقارنة بين القانون الفرنسي والبلجيكي والمصري، طبعة أولى، دار النهضة العربيـــــــة 1997.

3- أحمد عبد العال أبو قرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء والتشريع المقارن، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 .

4- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري: البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني(دراسة تطبيقية في ضوء الفقه والقضاء مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين)، طبعة أولى، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 2001 .

5- حسين محمد جمعة، انهيار العمارات: الأسباب الهندسية والمسؤولية القانونية(قانون البنـاء والهدم والترميم، مسؤولية المهندس والمقاول والمالك، القرارات العسكرية- اقتراحات)، دون طبعة، أولاد عثمان للكمبيوتر وطباعة الأوفست، دون سنة نشر.

6- سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين، دون طبعة، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع الإسكندرية، 2000.
7- سمير عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الإنشاءات دون طبعة، مكتبة الإشعاع للطاعة والنشر والتوزيع، إسكندرية، 2000.
8- عبد الرازق حسين يسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء (شروطها- نطاق تطبيقها- الضمانات المستحدثة فيها)، دراسة مقارنة في القانون المدني طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
9- علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، طبعة أولى دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان- الأردن، 2009.
10- عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد: دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
11- عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، دون طبعة، مطبعة السعادة، دون سنة نشر.
12- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية (أنواع المسؤولية، جرائم البناء، تعيب المباني التصدع و الانهيار، الحوادث أثناء وبعد التشييد)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
13- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
14- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، دون طبعة، دار وهدان للطباعة والنشر، الإسكندرية.

15- مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، مقاولات الأعمال المدنية(دراسة لأهم الجوانب الاقتصادية و القانونية)، دون طبعة، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995.

16- نعيم مغبغب، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، دون طبعة، دون دار نشر .1998

17- هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الأصول الفنية في البناء، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار النهضة العربية، 1994.

II- المذكرات والرسائل:

1- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري- قسنطينة، 2011-2012.

2- تواتي نصيرة، نظام المتعامل في الترقية العقارية(المتعامل الخاص)، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.

3- عمـــراوي فاطمة، المسؤوليـــــة الجنائيـــة لمشيـــدي البنـــــــاء: مالك البنـــــاء، المهندس المعمــــــاري (المصمم، المشرف على التنفيذ) والمقاول، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون- الجزائر، 2001.

4- عياشي شعبان، الضمان العشري فـــــــــــــــــي القانون الجزائري، رسالة ماجستيـــــــر، تخصص عـــــــــــــــــقود و مسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة قسنطينة، 1993.

5- كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.

III- المقالات و الأبحاث:

1- إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول طبقا للمادة 554 من القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الجزء الثالـــــــث 1995، ص 688- 669.

2- زينب حسين عوض ا ، " عقد المقاولة الدولي المقترن باقتراحات تمويلية "، مجموعة مقالات منشورة تحت عنوان: مقاولات الأعمال المدنية: دراسة لأهم الجوانب الاقتصادية والقانونية، مكتب الشلقامي للاستشارات القانونية والمحاماة، القاهرة، 1995، ص 77.

3- سعيداني لوناسي ججيقة، النظام القانوني للمرقي العقاري في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، عدد 2 2011.

4- مصطفى أبو العلم، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الرابع، أكتوبر- ديسمبر 1958.

5- محمود النّوري، التزامات البنّاء ومسؤوليته عن تصدع البناء، مجلّة المحامون السورية الأعداد(4، 5، 6)، 1992.

6- محمد المرسي زهرة، "الوضع القانوني للبائع – الباني"، دراسة مقارنة فـــــــي القانون المصـــــــــري والإماراتي، مجلة المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثاني، المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين والمقاولين، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2004، ص 223- 250.

7- هولو بوظو، مسؤولية المقاول، مجلة الرائد العربي، العدد(13)، السنة الرابعة 1986.

Ouvrages en Français:

I **Livres:**

A- Livres spéciaux:

1- Albert Caston, La responsabilité des constructeurs, Le moniteur, 2e éd, 1979.

2- Bernard Boubli et Alexandre Kurgansky et Bernard Stemmer, Collection Mémentos Pratiques, Responsabilité et assurance dans la construction, troisième partie, Editions Francis Lefebvere, Paris, 1990.

3- Frank Moderne, La responsabilité décennale des constructeurs en droit public Dalloz, 1993.

4- Georges Liet-Veaux, Le Droit de la construction, Librairies Techniques Editions CELSE, Paris, 1976.

5- Hugues Périnet-Marquet, La responsabilité des constructeurs, Dalloz, 1996.

6- Philippe Malinvaud et Philippe Jestaz, Droit de la promotion immobilière, 8e éd, Précis-Dalloz, 2009.

7- Roger Saint-Alary, Le Droit de la construction, 1e édition, P. U. F, Paris, 1969.

B- Livres généraux :

1- André De Laubadère et Yves Gaudemet, Traité de droit administratif : Droit administratif des biens, T.2, 11e édition, LGDJ, DELTA.

2- Antoine Vialard, Droit civil algérien : la responsabilité civile délictuelle, O.P.U.

3- Béatrice Bourdelois, Droit civil : Les contrats spéciaux, 1e édition, Mémentos Dalloz, Paris, 2009.

4- Daniel Mainguy, Contrats spéciaux, 3e édition, Dalloz, 2002.

5- François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 3e édition, Dalloz, DELTA, 1996.

6- Georges Vermelle, Droit civil : Les contrats spéciaux, 2e édition, Dalloz, 1998.

7- Henri Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6e édition, Dalloz, Paris, 1962.

8- Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile (Obligations, Contrats spéciaux, Suretés), T.2, 11e éd, Dalloz, 2000.

9- Jérôme HUET sous la direction de Jaques Ghestin, Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux, P.U.F, Paris.

10- Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, Traité de droit civil : Introduction générale, 4e édition, L.G.D.J, DELTA.

11- Marie Aubry et Robert Ducos-Ader, Droit administratif, Précis-Dalloz, Paris (Ve) 1967.

12- Marcel Sousse, Droit public des contrats de construction, LGDJ, 1998.

13- Marcel Planiol et Georges Ripert par : Rousat et Savatier, Traité pratique de Doit civil français (Contrats civil), Tome XI, Deuxième partie, 2e édition, L.G.D.J, Paris, 1954.

14- Mazeaud (Henri et Léon, Jean) par : Michel de Juglart, Leçons de droit civil : Principaux contrats, Tome 3, 2e Volume, 3e édition, Montchrestien, Paris (Ve).

15- Mazeaud (H et L, J) par : Chadas(F), Leçons de droit civil : Obligations (Théorie générale), T.2, Vol.1, 9e éd, Montchrestien, DELTA, 1998.

16- Mazeaud (H et L, J) par : tunc(A), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T.2, 6e éd., Montchrestien 1970.

17- Philippe Le Tourneau, La responsabilité civile, 3e édition, Dalloz, Paris, 1982.

18- Philippe Malaurie et Laurent Aynes, Pierre-Yves Gauthier, Droit civil : Les contrats spéciaux, 2e édition refondue, Editions juridiques associées, Paris, 2005.

19- Philippe Malaurie et laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck, Droit civil : Les obligations, 2e éd, Defrénois, 2005.

20- Philippe le Tourneau, La responsabilité civile professionnelle, Edition économica, Paris, 1995

21- Viney (G): Les obligations, La responsabilité : Conditions, Traité de droit civil sous la direction de Ghestin(J), T. IV, L.G.D.J, 1982.

II- Mémoires et Thèses :

1- Bellahcen Anissa, La responsabilité civile des architectes, Mémoire pour obtenir le diplôme de magister en droit privé, Institut des sciences juridiques et administratives, Alger, 1977.

2- Boudemagh (Née Sassi) Souad, Evolution de la profession d'architecte : pour une légitimation de l'expertise, Mémoire de Magister (Option : Urbanisme), Département d'architecture et d'urbanisme, Université de Mentouri-Constantine, 2005-2006.

3- Bernard Soinne, La responsabilité civile des entrepreneurs et des architectes après la réception des travaux, Thèse de Doctorat, Université de Lille, L.G.D.J., 1969.

4- Bernardin Hélène, La responsabilité des constructeurs de voirie et réseaux divers (Etat des lieux et perspectives), Thèse de doctorat, Université Nancy 2, 2010.

5- Cécile Ripert, Essai d'une nouvelle détermination des responsabilités des constructeurs en matière de risque du sol : L'influence de la technique, thèse de doctorat d'Etat en Droit privé, Université de sud Touton Var, 24 Novembre 2008 Publiée sur le site suivant : https://tel.archives.ouvertes.fr/tel-00350449/document

6- Dorothée Ngoungoure Mfenjou, L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de responsabilité civile et d'assurance des constructeurs, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit privé (Droit et santé), Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2, 2007.

7- François Llorens, Contrats d'entreprise et marchés de travaux publics (Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif), Thèse de droit, Paris, L.G.D.J., 1981.

8- Laabid Jihade, La responsabilité décennale des constructeurs en matière immobilière : Entre les insuffisances légales et les réformes envisageables, Mémoire pour l'obtention du diplôme du Master en droit des affaires, Année universitaire 2011-2012. Publié sur le site

suivant :http://www.marocdroit.com/Memoire-de-fin-de-cycle-pour-l-obtention-du-diplome-du-Master-en-droit-des-affaires-La-responsabilite-decennale-des_a3986.html Consulté le : 21/10/2013.

9- Louisa Igoudjil, Le régime des contrats d'entreprise, Mémoire pour le Master Recherche Droit Privé des contrats, Université de Versailles Saint- Quentin en YVELINES, Juin 2006. Publié sur le site suivant : https://tel.archives.ouvertes.fr/tel-00350449/document

III- Articles :

1- Amor Zahi, « Le Droit et La responsabilité en matière de la construction, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques », Volume XXV, N 3, Septembre 1987, pp. 587-602.

2- Alix Bellache, « Le régime juridique des défauts de conformité dans la vente d'immeubles à construire : Etude critique des décisions de la Cour d'appel de Paris », Semaine- Juridique 1985, Doctrine, pp.141-15.

3- Alain Bénabent, « Conformité et vice caché dans la vente : L'éclaircie », Dalloz. 1994, Chronique, p. 115.

4- Alane Penneau, « La notion de règle de l'art dans le domaine de la construction » Rev.Dr.Immob., oct.-déc. 1988.

5- Armel Benerab, « La garantie décennale le domaine de la construction » Publié sur le site suivant : http://www.cgv-expert.fr/article/garantie-decennale-domaine construction_10.htm

6- Albert Caston, « UNE CURIOSITÉ JURIDIQUE : le chantier juridiquement en cours », Publié sur le site suivant : http://avocats.fr/space/albert.caston/content/une-

curiosite-juridique---le---chantier-juridiquement-en-cours--_3A3961F4-B095-46AA-B6B6-2299955732A9/web-print consuté le: 20/02/2014.

7- Bernard Boubli, « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs après la réception des travaux (Commentaire de l'arrêt du 11 juin 1988) », Revue de droit immobilier, Première partie, Janvier-Mars, Sirey, 1982, p. 1-7.

8- Bernard Boubli, « Le point de la jurisprudence sur la responsabilité des architectes et des entrepreneurs », JCP.I.1975, doc. 2721.

9- Dominique Lefebvre, « Travaux sur l'immeuble: La réception, une étape clé » Revue de l'habitat- Mars 2009. Publié sur le site suivant : http://www.chdp.asso.fr/Donnees_Client/Doc/Article/310.pdf

10- Cyril Laroche, « La garantie décennale des constructeurs », Marchés publics, Le moniteur, Fiche pratique, 28 Octobre 2011, p.63. Publié sur le site suivant : http://www.apdp.fr/wp-content/uploads/2012/01Lagarantie/décennale _des_constructeurs.pdf

11- Christiane LOYER-LARHER, « La réparation du dommage dans le droit de la construction à travers les arrêts de la cour d'appel de renne », in : Revue judiciaire de l'ouest, 1978-1, pp. 1-35. Publié sur le site suivant : www.persee.fr/issue/juro_0243-9069_1978_num_2_1

12- Frank Moderne, « Les rapports entre responsabilité contractuelle, responsabilité décennale et responsabilité extracontractuelle », Recueil Dalloz Sirey, 1971, p. 267.

13- (G) Cornu, « La responsabilité personnelle de l'architecte au cas de mauvaise exécution des travaux par l'entrepreneur », Rev. Trim. Dr. civ.1962, p. 67

14- (G) Bonet et (B) Gross « La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux », JCP.1974, I, 2602.

15- Henri Mazeaud, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle » Rev. Trim. dr.civ, 1929, p. 612, n 53.

16- Hugues Pérnet-Marquet, « Récents apports jurisprudentiels en matière de responsabilité contractuelle des constructeurs », J.C.P.1990.1, doc, P.1.

17- Joël Fossereau, « Le clair- obscur de la responsabilité des constructeurs » Recueil Dalloz Sirey, 1977, Chronique III, pp. 13-28.

18- Jean-Louis Costa, « La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 janvier 1978 », Recueil Dalloz Sirey, 1979, 6e Cahier.- Chronique.- VII, p. 35-48.

19- Jean Carbonnier, « Effet de la réception des travaux sur la responsabilité des constructeurs du bâtiment quant aux menus ouvrages », Rev.Trim.Dr.civ.1958, p.272.

20- Jean-Pierre Karila, « Les responsabilités des locateurs d'ouvrages immobiliers après exécution et réception des travaux sur existants », la Semaine Juridique, n 13-14, Doctrine(1991), pp.147- 154.

21- Jean-Pierre Karila, « les responsabilités des constructeurs : Evolution de la jurisprudence », L'Actualité juridique- Propriété immobilière, 10 septembre 1993, p.583-593.

22- Jean-Pierre KARILA, « Bilan des responsabilités et garanties spécifiques des constructeurs et fabricants en matière immobilière », L'actualité juridique- Propriété immobilière, 10 janvier 1997, pp. 4-25.

23- Jean-Pierre KARILA, « Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage », Recueil Dalloz Sirey, 1990, 42e cahier- Chronique, pp. 307-322.

24- Jean-Pierre Karila, « Les responsabilités des locateurs d'ouvrages immobiliers après exécution et réception des travaux sur existants », la Semaine Juridique, n 13-14, Doctrine (1991), p….

25- Jean-Pierre Karila, « Plaidoyer pour la réception tacite sous l'empire de la loi du janvier 1978 », Gazette du palais du 12 aout 1986, Doctrine, p. 469.

26- Jean-Pierre Karila, « La garantie décennale demeure-t-elle une garantie des vices cachés, sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978؟ », Rev. Dr. Immob. 9 (1),

janv.-mars 1987, pp. 27-33.

27- Jean.-Pierre Karila, « Contrat d'entreprise, Responsabilité, Réception tacite, incidence de la loi du 4 janv. 1978 », Recueil Dalloz Sirey, Jurisprudence 1985, p. 191-196.

28- Jean-Pierre Rémery, « Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeuble », Recueil- Dalloz Sirey, 37e Cahier.- Chronique.- XLIII, 1985, p. 255-260.

29- Jean Michel Romero, « Les préjudices en matière de bâtiment et de construction », Exposé présenté au séminaire de la compagnie nationale des experts judiciaires en gestion d'entreprise, le 24 septembre 2004 », Le moniteur. 7 Janvier 2005.

30- Jérôme Huet, « L'obligation in solidum et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs », Rev.Dr.Immob. 1983, 1, p.11 et s.

31- Lise Casaux - Labrunee, « Vice caché et défaut de conformité : Propos non conformistes sur une distinction viciée (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de paris du 16 septembre 1997 », Recueil- Dalloz, 1er cahier. Chronique, 1999, p.1-7.

32- Marie-Claire Lambert-Pierre, « La responsabilité envers les voisins du fait de la construction » Revue de droit immobilier, 1980, Ed. Sirey, pp. 379-384.

33- Mevoungou Nsara (R), « Le préjudice causé par un ouvrage immobilier: réparation en nature ou par équivalent ? », RTDciv.1995, p. 733.

34- Philippe Jestaz et Philippe Malinvaud، « La loi n 78-12 du 4 jan. 1978, relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction » J.C.P.1978. I., Doctr. N 2900.

35- Philippe Malinvaud, « La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction », Recueil- Dalloz, 9e Cahier. Chronique, 1999, p. 85-97.

36- Patricia de Lescure, « La responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs en cas de dommage à l'ouvrage de puis la loi du 17 juin 2008 », Revue de droit immobilier, 2009, p. 458. Publié sur le site suivant : act.dalloz.fr/fileadmin/actualites/pdfs/RDI2009-458.pdf

37- Youcef Brahim, « La garantie décennale selon l'article 554 du code civil », Revue trimestrielle Algérienne des sciences juridique économique et politique, Publication de la faculté de droit de Ben Aknnoun-Université d'Alger, Vol.38, n II, 2000, p.3 et s.

38- Zennaki Dalila, « L'impact de la réception de l'ouvrage sur la garantie des constructeurs immobiliers », Revue trimestrielle Algérienne des sciences juridique économique et politique, Vol. 38, n 2, 2000, p. 34 et s.

39- « Responsabilité des constructeurs envers collectivités locales », Publié sur le sitesuivant :http://www.mairieconseils.net/cs/BlobServer?blobkey=id&blobnocache=true&blobwhere=1250168281357&blobheader=application%2Fpdf&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs

IV- Revues et Périodiques :

1- Catherine Giraudel, « Droit à réparation : Responsabilité du fait des bâtiments », Responsabilité civile- Fasc.152, 1988, pp. 1-19.

2- Daniel Veaux, « Louage d'ouvrage et d'industrie », louage d'ouvrage- Fasc.70, 1998, p.1-8.

3- Georges Liet- Veaux, « Responsabilité contractuelle des sous-traitants », Juris-Classeur, Construction- Fasc.201-60, 1998, pp. 1- 10.

4- Georges Liet- Veaux, « Responsabilité de droit commun des architectes » Juris-Classeur, Construction- Fasc.202, 1984, pp. 1-20.

5- Georges Liet-Veaux, « Responsabilité décennale et biennale », Juris-Classeur, Construction- Fasc.203-1, 1990, pp. 1-29.

6- Jean-Pierre Karila, « Garantie décennale et désordres futures » Jurisprudence(Commentaires), Contrat d'entreprise, Dalloz, 2002, n10, p. 8334.

7- Mémento Pratique Francis Lefebvre, Immobilier (Urbanisme, Construction, Gestion, juridique- Fiscal-financier), A jour au 1er avril 1991.

8- Malinvaud Philippe et Boubli Bernard, Revue de droit immobilier, 1980, pp 433-436.

9- Patrice Jourdain, Responsabilité civile : Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Revue trimestrielle de droit civil(2), avril.- Juin 1993, pp..

10- Philippe Malinvaud et Bernard Boubli, Revue de droit immobilier, 1980, pp.175-176.

11- Philippe Malinvaud et Bernard Boubli, Revue de droit immobilier, 1980, pp. 301- 304.

12- Philippe Rémy, Jurisprudence français en matière de droit civil(Entreprise), Rev. Trim. Dr. civ. 86(1) janv.- mars 1987, pp. 115-118

13- Philippe Rémy, « L'obligation de résultat a laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l'entrepreneur principal a pour seul fondement les rapports contractuels et personnels existant entre eux et ne peut être invoquée par le maitre de l'ouvrage, qui est étranger à la convention de sous-traitance », Rev.Trim. D.civ., 88(1) janv.-mars 1989, pp. 110-111.

14- Philippe Rémy, « Que l'entrepreneur de construction supporte la charge des risques jusqu'à la réception de l'ouvrage », Rev.Trim.D.civ., 1986(1), pp. 607-608.

15- Philippe Rémy, « La responsabilité contractuelle de droit commun du vendeur d'immeuble à construire », Rev.Trim. D.civ., 1986(1)janv.-mars 1987, pp. 118-119.

16- Philippe Rémy, « Devoir de renseignements entre deux entrepreneurs participant à une même opération », Rev. Trim. Dr.civ.1984, n. 2, pp. 523-524.

17- Philippe Rémy, « Les désordres faisant l'objet de réserves lors de la réception ne relèvent pas de la garantie décennale (art. 1792-6 c. civ.) », Rev.Trim.Dr.Civ. 1988(2), Avril- juin 1989, p. 344.

18- Philippe Rémy, « Indemnisation par le maitre de l'ouvrage du tiers victime d'un vice de la construction : Régime du recours contre le constructeur », Rev.Trim.Dr.Civ. 1984, pp. 740-742.

19- Philippe Rémy, « Obligation de renseignements entre constructeurs d'un même ouvrage », Rev.Trim.Dr.Civ, Avr-Juin 1987, p. 365 et s.

20- Philippe Rémy, « Louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise de droit commun : la rigueur de l'obligation de résultat et la responsabilité pour les risques de développement », Rev.Trim.Dr.Civ., 1984, p. 136 et s.

21- Philippe Rémy, « Louage d'ouvrage : ingénierie ou assistance technique prestation intellectuelle comportant une obligation de résultat » Rev.Trim.Dr.Civ., 1986, p. 138 et s.

22- Revue de droit immobilier, juillet-septembre 1982, pp. 383-388.

23- Revue de droit immobilier 5(4), oct.-déc. 1983, pp. 453-459.

IIV- <u>Sites internet</u>:

1-http://www.chevalier-associes-avocats.fr/question-quel-est-le-regime-de-la-responsabilite-de-larchitecte/

2-http://www.vitaminedz.com/tlemcen-malfacons-dans-les-batiments-a-qui-incombe-la-res/Articles_15688_92756_31_1.html Consuté le : 04/10/2013.

3- www.droitdespromoteurs.com

4- made.over-blog.com/article-34359189.html

5- www.eti-construction.fr/la-responsabilité-de-larchitecte/

النصـوص القانـونيـة:

أ- الأوامـر:

1- أمر رقم: 75-58، مؤرخ: في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78، معدل ومتمم.

2- أمر رقم: 66-155، مؤرخ في: 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.

3- أمر رقم: 66-15، مؤرخ في: 13 جانفي 1966، يتعلق بمهنة المهندس المعماري، ج.ر صادرة بتاريخ: 26 رمضان 1385، ص 70، ملغى.

4- أمر رقم: 95-07، مؤرخ في: 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر، عدد 13 معدل ومتمم بقانون رقم: 06- 04، مؤرخ في: 21 فيفري 2006، ج.ر، عدد 15، صادرة بتاريخ: 12 مارس 2006، ص 3.

5- أمر رقم: 03-12، مؤرخ في 26 غشت 2003، يتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج.ر، عدد 22، صادرة بتاريخ: 27 غشت 2003.
6- أمر رقم: 03-05، مؤرخ في: 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ج.ر، عدد 44.

ب- القوانين:

1- قانون رقم: 86-07، مؤرخ في: 4 مارس 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ج.ر صادرة بتاريخ: 4 مارس 1986، ص 350، ملغى.
2- قانون رقم: 11-04، مؤرخ في 17 فيفري 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، عدد 14، صادرة بتاريخ: 6 مارس 2011، ص 5.
3- قانون رقم: 90-29، مؤرخ في: 1 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر، عدد 52، معدل ومتمم بقانون رقم: 04-05، مؤرخ في: 14 غشت 2004، ج.ر، عدد 51.
4- قانون رقم: 08-15، مؤرخ في: 20 يوليو 2008، يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، ج.ر. عدد 44، صادرة بتاريخ: 3 غشت 2008، ص 19.

ج- المراسيم:

1- مرسوم رئاسي رقم: 10-236، مؤرخ في: 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، صادرة بتاريخ: 7 أكتوبر 2010، ص 3، ملغى.
2- مرسوم رئاسي رقم: 15-247، مؤرخ في: 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، ص 03، يلغي المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.

3- مرسوم رقم: 68-652، مؤرخ في: 26 ديسمبر 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقودا أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج.ر، صادرة بتاريخ: 19 شوال 1388، ص 19.

4- مرسوم رقم: 83- 135، مؤرخ في: 19 فيفري 1983، يوجب على المؤسسات الوطنية العامة والخاصة التي تعمل في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج.ر، صادرة في: 9 جمادى الأولى 1403ه، ص 534.

5- مرسوم رقم: 86-205، مؤرخ في: 19 غشت 1986، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، ج.ر، صادرة بتاريخ: 14 ذو الحجة 1406، ص 1433.

6- مرسوم تنفيذي رقم: 90-78، مؤرخ في: 27 فيفري 1990، يتعلق بدراسات التأثير في البيئة، ج.ر، عدد 10، صادرة بتاريخ: 10 شعبان 1410، ص 362(ملحـــــــق: قائمة حصـــــــــــــر الأشغال وأعمال التهيئة والمنشآت المعفاة من إجراء دراسة التأثير في البيئة).

7- مرسوم تنفيذي رقم: 91-276 مؤرخ في: 28 ماي 1976، يحدد كيفيات إجراء تسليم شهادة التعمير ورخصة التجزئة ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 06-03، المؤرخ في: 7 جانفي 2006، ج.ر عدد 1 لسنة 2006.

8- مرسوم تنفيذي رقم: 93-289 مؤرخ في: 28 نوفمبر 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج.ر، عدد 79، مؤرخة في: 1

ديسمبر 1993، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 05-114، مؤرخ في: 7 أفريل 2005 ج.ر، مؤرخة في: 10 أفريل 2005.

9- مرسوم تنفيذي رقم: 95-414، مؤرخ في 9 ديسمبر 1995، يتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، ج.ر، عدد 76.

10- مرسوم تنفيذي رقم: 96-49، مؤرخ في: 17 يناير 1996، يحدد قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، ج.ر، عدد 5، مؤرخة في: 21 جانفي 1996.

11- مرسوم تنفيذي رقم: 97-406، مؤرخ في: 3 نوفمبر 1997، يتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج.ر، عدد 73، صادرة بتاريخ: 4 رجب 1418، ص 34.

12- مرسوم تنفيذي رقم: 98-67 مؤرخ في: 21 فيفري 1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج.ر، عدد 11، صادرة بتاريخ: 2 ذو القعدة 1418، ص 15.

13- مرسوم تنفيذي رقم: 12-84، مؤرخ في: 20 فيفري 2012، يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري، وكذا كيفيات مسك الجـــــــــــدول الوطنـــــــــــي للمرقين العقاريـــــن ج.ر، عدد 11، صادرة بتاريخ: 26 فيفري 2012، ص 6.

14- مرسوم تنفيذي رقم: 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للاملاك العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التاخير، وآجالها وكيفيات دفعها، ج.ر، عدد66.

15- المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المؤرخ في 3 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري ج.ر، عدد 14، معدل ومتمم.

16- مرسوم تشريعي رقم: 94-07، مؤرخ في: 18 ماي 1994، يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وبممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر عدد 32، ص 4، معدل ومتمم بقانون رقم: 04-06 مؤرخ في: 14 أوت 2004، ج.ر، عدد 51.

د- <u>القرارات التنظيمية</u>:

1- قرار مؤرخ في: 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصـــــــــــــــة بوزارة تجـــــــــــــديد البنـــــــاء والأشغال العموميـــــــــــــة والنقـــــــــــــــل ج.ر عدد 6، صادرة سنة 1965، ص 46.

2- قرار وزاري مشترك مؤرخ في: 15 ماي 1988، يتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج.ر، ص 1479، معدل ومتمم بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 4 جويلية 2001، ج.ر، عدد 45.

3- قرار مؤرخ في: 5 ماي 1992، يتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء، ج.ر، عدد 59، صادرة بتاريخ: 3 صفر 1413، ص 1588.

<u>فهرس العناوين</u>: